١٦٥٦٨

الدكتور حمدى عبد الرحمن
الأستاذ المساعد بكلية الحقوق
جامعة عين شمس

فكرة القانون

بحث فى تعريف القانون - أهدافه - أساسه
نظرية القاعدة القانونية - مصادر القانون

١٩٧٩

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربى

بسم الله الرحمن الرحيم

فصل تمهيدى

١ ــ يبدأ التمهيد لدراسة القانون ، عادة ، بذكر حقيقة اجتماعية وتاريخية ثابتة ، وهى أن الانسان اجتماعى بطبعه ، فمن حوله توجد عناصر طبيعية مختلفة ، كالأرض والمياه والزرع والحيوانات .. ويسعى الانسان الى استخدام هذه العناصر واخضاعها بقصد اشباع حاجاته المتعددة والمتجددة ، خاصة حاجته الى التقدم ، وحاجته الى الأمن ، وفى سبيل ذلك يسعى الفرد الى التعاون والتضامن مع غيره من بنى جنسه .

هذا فضلا عن أن جوهر الانسان فكره وعاطفته ، ويدفعه ذلك الى أن يلتقى بغيره من الناس ، يبادلهم الخطاب والاحساس والمعاملة . ونعلم ، من تاريخ البشرية ، أن الانسان قد استجاب لمقتضيات طبيعته منذ فجر تاريخه ، فسعى الى العيش فى جماعة ، يبادل أفرادها المنافع والحاجات . غير أن تحقق تلك الحتمية الاجتماعية لم تكن لتخلو من المشاكل بالنسبة لمجموع الأفراد المتواجدين فى اقليم واحد ، ففى فكر الانسان جنوح الى التسلط ، وفى عواطفه تطرف ، أو افراط ، يدعوه الى الانسياق خلف غرائزه . ويؤدى هذا التسلط ، أو ذلك الافراط ، الى أن يسعى الانسان الى تحقيق مصالحه متجاهلا مصالح الآخرين . فيحدث الصدام بين أفراد الجماعة . وكان على الانسان أن يجرب لفض منازعاته أبسط الوسائل وأكثرها بدائية ، ومنها الالتجاء الى العنف ، ليحقق مصالحه بوسائله الخاصة ، غير أنه لا يلبث أن يدرك ، بتجربته ، أن منطق العنف لا يمكن أن يحقق له ، أو لغيره ، الاستقرار والأمن اللازمين لأى جماعة بشرية ، فيضطر الى الاتفاق ــ أو الى التوافق ــ

---

(١) راجع : محمد بدر ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية (١٩٧٦)، ص ٥ وما بعدها .

مع غيره من الأفراد على اتباع بعض قواعد للسلوك ، لتبين لكل فرد حدود ما له وما عليه ازاء الآخرين . وتتمثل فى هذه البذرة الأولى أول بشائر ما نسميه بالقاعدة القانونية . ولكى يتحقق لقاعدة السلوك تلك طابع الفعالية الكافية ، لفرض وجودها بين أفراد الجماعة ، كان لابد أن ينـاط تطبيقها واحترامها بسلطة لها القدرة على الأمر والنهى وتوقيع الجزاء ، لذلك تلازم وجود قاعدة السلوك الاجتماعى مع انخراط الجماعة فى اطار مجتمع منظم الى حد ما ، فى صورة الأسرة ، أو العشيرة ، أو القبيلة ، أو الاقطاعية ، أو الدولة فى شكلها الحديث .

٢ — ومؤدى الفكرة البسيطة السابقة أن جوهر القانون هو ذلك المضمون الاجتماعى . فقد نشأ القانون بقصد تنظيم الحياة الاجتماعية منذ أول مراحل وجودها (١) ، وهو فى سعيه الى تحقيق هذا الهدف انما يتدخل لفرض مجموعة من التنظيمات والقيود لتحقيق أكبر قدر من التوازن والتنسيق بين المصالح المختلفة ، والمتعارضة ، لأفراد المجتمع .

ولقد بدأت ظاهرة القانون ، من الزاوية السابقة ، بسيطة ، بقدر بساطة الحياة فى المجتمعات القديمة ، ثم انتهت ، فى العصر الحديث ،

---

(١) وقد ثار السؤال حول ما اذا كان وجود الحياة الاجتماعية يقتضى فى حد ذاته وجود القانون أم أنه يلزم بالاضافة الى ذلك ، أن ينتظم هذا المجتمع فى اطار الدولة كوحدة سياسية ؟ فقد ذهبت بعض الآراء الى أن القانون لا يتصور الا فى حالة وجود الدولة ، وبالتالى لا وجود له فى المجتمعات البدائية (هيجل ، كارل ماركس Ecole Moniste) . وذهب اتجاه آخر Ecole pluraliste الى أن اية جماعة يمكن أن تخلق لنفسها قواعد قانونية بالمعنى الصحيح . ويؤيد هذا الاتجاه الأخير علماء الاجتماع الذين يلاحظون أن استعراض واقع التطور الاجتماعى يثبت ان القواعد القانونية قد وجدت ، وتوجد ، خارج نطاق السلطة السياسية ، وان لهذه الحقيقة بعض المظاهر فى المجتمع الحديث : فالقواعد الدينية تنظم ، فى بعض المجتمعات ، شئون الحياة ، مع أنها لم تصدر عن السلطة السياسية ، كذلك الحال بالنسبة لقواعد التنظيم الدولى ... راجع :

Levy - Bruhl, Sociologie du Droit, Paris 1961 p. 24 ets.
ولنفس المؤلف :
Aspects, sociologiques de droit Paris, 1955. P. 11 ets,.

الى أكبر قدر من الشيوع ، الى حد وصل فيه التدخل القانونى فى بعض الحالات الى الانتقال من كليات مشاكل الحياة العامة الى جزئيات مظاهر الحياة الخاصة .

ولا شك فى أن مرد ذلك انما هو التزايد المستمر فى العلاقات الاجتماعية ذاتها ، واتجاهها من البساطة الى التعقيد . ومن الأهمية أن نلاحظ أن هذا التطور انما يعبر عن ذلك الارتباط الوثيق بين الواقع والقانون .

وقد تبلور الارتباط المشار اليه ، خاصة بعد الحرب العالمية الثانية فى ظهور فرع جديد من الدراسات المرتبطة بالقانون ، هو علم الاجتماع القانونى (1) .

فبعد أن ظلت الدراسات القانونية حبيسة البحث النظرى المجرد ، والفلسفى ، اتجه العلم الحديث الى الدراسات العملية ، التى تهتم بما وراء الظاهرة القانونية من معطيات واقعية : سياسية ، اقتصادية ، اجتماعية ، جغرافية ، بشرية .. الخ .

ويستهدف علم الاجتماع القانونى ، على هذا النحو ، الالمام بالاطار الواقعى الذى نشأت فى داخله القاعدة القانونية ، ويساهم هذا العمل فى الوصول الى أكبر قدر من الوضوح فى فهم معنى القانون ، كما يحدد ، بأكبر قدر من الانضباط ، هدف القانون وغايته على صعيد التأثير فى مجريات الحياة الاجتماعية .

كما تساهم هذه الدراسة فى وضع المؤشرات اللازمة أمام المشرع عند وضع القوانين الجديدة ، فهى تكشف عن حاجات المجتمع ومشاكله ، وكذلك آماله . غير أن القانون الجديد قد لا يستجيب حتما لمقتضى هذه المعطيات ، فقد تتجه ارادة المشرع الى اتخاذ القانون كوسيلة

---

(1) Sociologie Juridique ، راجع : احمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، ١٩٧٨ ، رقم ١ ص ٥ ، ٦ .

لتعديلها أو تصحيح مسارها (١) بل قد تتجه السياسة التشريعية الى مناقضة تلك المعطيات والآمال ، خاصة فى أوقات الثورات ذات الاتجاه العقائدى المتطرف .

ومع ذلك فعلى المشرع أن يلم ، فى هذه الفروض ، وعن طريق علم الاجتماع القانونى ، بأرض المعركة التى يريد أن يخوضها ، ومدى ما يصادفه من عقبات ومقاومة (٢) .

٣ — واذا تصورنا أن القانون ، بوصفه قواعد للسلوك ، يرد فى نشأته الأولى على مجموعة من الأوضاع الفعلية القائمة فى الواقع الذى يعيشه الأفراد ، كاختصاص شخص بمال معين (الملكية) (٣) ، أو اختصاص شخصين مختلفى الجنس كل منهما بالآخر (الزواج) ، لأمكن القول بأن قواعد السلوك ، فى ورودها على هذه الأوضاع ، تحدث فيها تغييرا أساسيا ، سواء باقرارها ، أو بتنظيمها . وفى كلتا الحالتين تضع القاعدة حدودا للأفراد يتحركون بأنشطتهم من خلالها ، ببيان ما يتمتع به الفرد من حقوق وما يتحمله من التزامات .

ومن هنا كانت الصلة بين القانون وظاهرة أخرى ، هى ظاهرة الحق . فالحق ما هو الا نتيجة لالتقاء القواعد القانونية بالعلاقات القائمة فيما بين الأفراد والقيم المحيطة بهم ، سواء كانت هذه القيم مادية ، أو معنوية ، لذلك ، عرف الحق بأنه « ارادة ، ومصلحة ، وحماية قانونية » (٤) .

---

(١) راجع : تقرير مقدم من الأستاذ Jeau Gaudemet فى المؤتمر السادس لكلية الحقوق بجامعة تولوز عن القانون والاقتصاد والاجتماع من ٢٨ حتى ٣١ مايو سنة ١٩٥٨ (نشرته مؤسسة دالوز سنة ١٩٥٩) .

(٢) جان جودميه ، التقرير السابق .

(٣) راجع : عبد المنعم البدراوى ، مبادىء القانون ١٩٧٢ ، رقم ٤ ، ص ١٢ ؛ منصور مصطفى منصور ، دروس فى المدخل ١٩٧٢ ، رقم ٤ ص ٨ .

(٤) محمود جمال الدين زكى ، دروس فى مقدمة الدراسات القانونية (١٩٦٤) ، رقم ١١ ، ص ٣٢ .

فمثلا حيث ترد القاعدة القانونية على وضع يتسلط فيه شخص على شيء معين ، وتحميه فى مواجهة الآخرين ، وتخول له ، وحده ، ميزات الاستعمال وبالاستغلال والتصرف ، يقال ان لهذا الشخص حق ملكية على الشيء المذكور • حق يخول صاحبه قدرة الاستئثار بالشيء دون الآخرين ، ويمنع الآخرين من التعرض له •

كذلك الحال حين يتعهد (أ) بأن ينقل ملكية شيء معين لـ (ب) مقابل ثمن محدد ، أو حين يلتزم زيد بأن يؤدى عملا (بناء ، رسم ، نقل ••• الخ) • أو امتناعا (عدم المنافسة مثلا •••) لصالح عمر ، أو حين يتعهد شخص بأن يمنح جائزة لمن يتوصل الى اختراع معين••الخ ففى جميع هذه الحالات يأتى دور القانون ليضفى على الارادة سلطانا يقتضى الالتزام بمضمون ما اتجهت اليه ، ويسبغ على العقد قوة ملزمة ، تفرض على كل من تعاقد أن يحترم تعهداته ، بحيث لا يجوز لطرف أن ينقض ، أو أن يعدل ، ما اتفق عليه بارادته المنفردة ••• الخ •

ومن هذه الأمثلة السابقة يبدو « التلازم والتكامل » بين القانون والحق ، فالقاعدة القانونية هى التى تبين الحقوق وتحددها وتحميها[1] •

تحديد مدلول بعض المصطلحات القانونية :

(١) القانون والقاعدة القانونية :

٤ — يستفاد مما سبق أن القانون يستهدف تنظيم روابط الأفراد فيما بينهم ، ووسيلة القانون فى ذلك هو فرض قواعد سلوكية تحدد للفرد ما له وما عليه • وتسمى القواعد المذكورة بالقواعد القانونية • ومن هنا كان تعريف القانون بأنه مجموعة القواعد العامة التى تنظم

(١) عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٤ ، ص ١٢ •

(٢) فى اللغة الفرنسية كلمة Droit تحمل معنيين الأول هو معنى القانون على النحو المقصود فى لغة القانون فى مصر ؛ أما المعنى الثانى لذات الكلمة فهو معنى الحق ، بمعنى السلطة أو المكنة المخولة لشخص معين كحق الملكية أو حق الدائنية وقد يضاف اليها فى هذه الحالة الأخيرة تعبير Subjectif ويعنى التعبير فى هذه الحالة حق الشخص droit Subjectif

مظاهر النشاط المختلفة فى المجتمع ، والتى تقوم السلطات العامة على فرض احترامها وتوقيع الجزاء على من يخالفها .

فالقاعدة القانونية هى اذن الوحدة (١) التى يتكون منها القانون . وتجدر الاشارة منذ البداية ، الى أن تعبير القاعدة القانونية لا يتطابق بالضرورة مع تعبير النص القانونى . فالمقصود بهذا التعبير الأخير الحكم القانونى المدون كتابة . لذلك فان القاعدة القانونية قد تكون مدونة فى اطار نص قانونى ، وقد تكون قاعدة عرفية درج الناس على اتباعها دون أن يتضمنها نص قانونى مكتوب .

ومن ناحية أخرى ، فان القاعدة القانونية تتضمن عنصرين : العنصر الأول هو الفرض ويتمثل فى واقعة معينة أو ظاهرة بذاتها . والعنصر الثانى هو الأثر الذى ترتبه القاعدة القانونية اذا تحققت الواقعة أوالظاهرة التى تضمنتها (٢) . فمثلا حين تقرر قاعدة قانونية أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض . فان الفرض فيها يتمثل فى الخطأ والضرر ، حيث يتمثل الأثر القانونى فى الالتزام بالتعويض . وبالمقابلة بين القاعدة القانونية — على النحو المشار اليه — والنص القانونى نلاحظ أولا : أن النص القانونى قد يتضمن أكثر من قاعدة قانونية ، فالمادة ١٦٤/١ من القانون المدنى تنص على أن يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز . وتضيف الفقرة الثانية من ذات المادة أنه « ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم » وواضح أن كل فقرة من فقرتى النص تتضمن قاعدة قانونية كاملة . أما بالنسبة لتعبير « قانون » فهو يعبر عن مجموعة القواعد القانونية التى توضع لحكم علاقات وسلوك الأفراد فى المجتمع

---

(١) منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، رقم ١١ ص ٢٤ .

(٢) راجع : محمد لبيب شنب ، مذكرات فى المدخل لدراسة القانون (١٩٧٥ ، ١٩٧٦) رقم ١٤ ، ص ١٨ .

وتقترن بجزاء يوقع على المخالف • ومع ذلك فيتعين أن نلاحظ من ناحية أن القانون قد لا يتضمن مجموعة قواعد قانونية ، بل قد يصدر متضمنا قاعدة قانونية واحدة في بعض الحالات (١) • وسواء تضمن القانون مجموعة قواعد قانونية أو قاعدة واحدة فانه يحمل اسم الموضوع الذى ينظمه بأن يقال مثلا قانون الاصلاح الزراعى أو قانون تنظيم الجامعات ، أو قانون السلطة القضائية •

غير أن كلمة قانون قد تطلق بصفة عامة دون تحديد بزمان أو بمكان أو بموضوعات محددة ، وفى هذه الحالة يكون المقصود هو فكرة القانون فى ذاتها ، أى بوصفها نظاما لترتيب وتنظيم علاقات الأفراد بالمقابلة بوسائل الضبط الاجتماعى الأخرى كالدين والأخلاق •

وأخيرا قد يطلق تعبير قانون مقترنا باسم دولة من الدول فيقال القانون المصرى ، أو القانون السودانى ، أو القانون الفرنسى • وفى هذه الحالة ينصرف التعبير الى مجموعة القواعد والقوانين السائدة فى البلد المذكور • وفى هذه الحالة الأخيرة يوصف القانون بأنه قانون وضعى ، فيقال القانون الوضعى المصرى أو القانون الوضعى السودانى •• الخ •

(٢) القانون والتشريع :

حين يطلق تعبير قانون بغير تحديد ، أو حين يلحق به وصف ينسبه الى دولة معينة ، أو الى موضوعات بذاتها ، فانه يغطى مجموعة القواعد القانونية التى تحكم سلوك الأفراد على النحو الذى سبقت الاشارة اليه ، ولكن هذا المعنى لا يقتصر على مجموعة من تلك القواعد دون غيرها بحسب مصدرها ، أو بحسب الشكل الذى اتخذته فى وجودها ، بمعنى أن التعريف ينصرف الى كل القواعد سواء ما صدر منها عن السلطة

---

(١) من هذا القبيل القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٦٩ الذى جاء بقاعدة قانونية واحدة هى « لا يجوز الحكم بالاخلاء او الطرد من الأماكن المؤجرة للمهجرين من محافظات بور سعيد والاسماعيلية والسويس وسيناء اذا كان طلب الحكم بسبب استئجارهم لها بطريق التنازل عن العقد أو من الباطن دون تصريح من المؤجر ... » .

التشريعية (البرلمـان) أو ما صـدر عن طريق العرف وبغير تدخل سلطات الدولة .

وبدء من التحديد السابق يلاحظ أن هناك من القواعد القانونية ما يحمل وصف التشريع . وفى هذه الحالة يكون المقصود معنى أخص من معنى القانون حين يطلق بغير تحديد ، اذ يقصد بالتشريع القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة التشريعية لتنظيم موضوع معين كتشريع الاصلاح الزراعى مثلا ..

وقد جرى العمل على استخدام كلمة « قانون » فى هذا المجال أيضا فيقال قانون الاصلاح الزراعى بدلا من تشريع الاصلاح الزراعى ، لذلك يجب أن نلاحظ أن لفظ القانون على النحو السابق (التشريع) يعتبر أضيق منه بالمعنى الأول (المطلق) [1] .

(٣) فروع القـانون :

يتفرع القانون الوضعى السـائد فى بلد معين الى عدة فروع تبعا لنوعية العلاقة التى يحكمها كل فرع من هذه الفروع . وينقسم القانون الوضعى ابتداء الى قسمين رئيسيين : القانون العام والقانون الخاص . والمناط فى هذا التقسيم هو من ناحية ، وجود الدولة كطرف فى العلاقة القانونية التى يحكمها كل فرع . فالقانون العام يضم القواعد التى تحكم العلاقات التى تكون الدولة طرفا فيها بوصفها صاحبة السلطة والسيادة فى المجتمع ، أما العلاقات التى لا تكون الدولة طرف فيها (العلاقات بين الأشخاص العـاديين) أو تكون كذلك ولكن بوصـفها شخصا عاديا لا بوصفها صاحبة سلطة ، فيحكمها القانون الخاص .

ومن ناحية أخرى ، فان غاية كل فرع تختلف عن غاية الآخـر . فالقانون العام يستهدف اشباع المصلحة العامة للمجتمع ، وهو يتوخى هـذه الغاية فى تنظيمه لسلطات الدولة والمرافق العـامة . أما القانون

---

(١) راجع : أحمد سلامة ، المدخل ، رقم ٤ ، ٥ ، ص ١٧ ومابعدها ، عبد الودود يحيى ، المدخل لدراسة القانون ، (١٩٧٦) ص ٥ .

الخاص فهو يستهدف اشباع المصالح الخاصة فى المقام الأول (١) ٠

لذلك فان قواعد القانون العام هى فى الغالب الأعم قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ؛ فى حين أن الأصل فى قواعد القانون الخاص هو جواز اتفاق أصحاب المصلحة على مخالفتها ٠ وبمعنى آخر فان دور الارادة فى الأول ضيق الى أبعد الحدود ، مع أنه فى الثانى فسيح المجال (٢) ٠

(٤) النظام القانونى : Institution Juridique

ينصرف تعبير النظام القانونى الى مجموعة القواعد القانونية التى تحكم قطاعا معينا من العلاقات القانونية داخل القانون الوضعى للدولة (٣) ، فيقال مثلا النظام القانونى للزواج ويقصد به فى هذه الحالة مجموعة القواعد التى تحكم الزواج فى نشأته واستمراره وفى انحلاله وما يتبع كل ذلك من آثار ٠ وكذلك الحال حين نطلق تعبير النظام القانونى للملكية الزراعية ، حيث يقصد به مجموعة القواعد التى تنظم الملكية الزراعية ، من حيث اكتسابها واستغلالها والتصرف فيها وما قد يرد عليها من قيود أو حدود ٠

(٥) الشريعة القانونية : Systéme Juridique

تتعدد القوانين على خريطة العالم بتعدد الدول والجماعات البشرية ، فلكل جماعة أو دولة قانونها الذى ينسب اليها ٠ ويتحقق فيما بين

---

(١) راجع : Eisenmann مقال بعنوان القانون العام والقانون الخاص ، منشور مجلة القانون العام ١٩٦٢ ص ٩٦٣ وما بعدها ٠

(٢) ينقسم القانون العام ، على ما سنعرض له فيما بعد ، الى عدة فروع هى القانون الدستورى والقانون الادارى والقانون المالى والقانون الجنائى والقانون الدولى العام ٠

ويتفرع القانون الخاص الى القانون المدنى والقانون التجارى وقانون العمل وقانون المرافعات المدنية والتجارية والقانون الدولى الخاص ٠

(٣) راجع : احمد سلامة ، المدخل ، رقم ٨ ، ص ٢٠ ، محمد على امام ، محاضرات فى نظرية القانون (١٩٥٣) ، رقم ١٨ ، ص ٤٩ ٠

وراجع : P. Colombel ، مقدمة لدراسة القانون والقانون المدنى (باريس ١٩٦٩) ص ٥ وما بعدها ٠

القوانين المختلفة قدر من الاختلاف والتنوع كما يتحقق أيضا قدر من التشابه والتقارب .

غير أن الدراســات القانونية ظلت حبيسة الحدود الاقليمية فترة طويلة من الزمن (خاصة خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر) . فقد اتجهت كل دولة الى أن يكون لها قانونها الخاص بها وعلمها القانونى المستقبل ، ولكن تلك النزعة الاقليمية تكشفت عن نتائج سيئة أدت الى افتقار العلوم القانونية الى التجديد والمرونة . لذلك بدأ الفقه الحديث فى الدول المتقدمة يهتم بما يجرى عبر خريطة العالم من تقدم قانونى . وقد ظهر هذا الاهتمام ، فى البداية ، فى صورة مقارنة الأنظمة القانونية (بالمعنى الضيق) بمثيلاتها فى الدول الأجنبية ، بأن يقوم الفقيه الوطنى بدراسة نظام الزواج مثلا فى دولة أجنبية بمناسبة النظر فى تشريع الأحوال الشخصية فى بلده . ثم تطور أمر الدراسة المقارنة الى دراسة فرع من فروع القانون الأجنبى للاستعانة به فى تعديل التشريع الوطنى القائم ، وأخيرا اتجه البحث المقــارن الى الدراسات الأكثر شمولا بالبحث عن الصلات التى قد توجد بين مجموعة من القوانين والتى تسمح بانتمائها الى ما يشبه العائلة الواحدة (١) ، (٢) .

ويحقق هذا الفرع من فروع الدراسات القانونية الحديثة فوائد عديدة على المستوى الوطنى وعلى المستوى الدولى : فضلا عن فوائدها فى نطاق الثقافة القانونية (٣) .

---

(١) لذلك نجد أن بعض فقهــاء القانون المقــارن يستخدمون تعبير العائلات القانونية Famille Juridique تعبيرا عن الفكرة المشار اليها : راجع : رينيه دافيد René David فى مؤلفــه : كبرى الأنظمة القانونية المقارنة ، دالوز ١٩٧٤ ، رقم ١٤ وما بعدها ، ص ١٦ وما بعدها .

(٢) راجع : عبد المنعم البدرادى ، أصول القــانون المدنى المقــارن القاهرة (١٩٧٠) .

(٣) عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٥٩ وما بعدها ؛ ومحاضرات تنك A. Tunc ، كبرى الأنظمة المعــاصرة باريس ١٩٦٩ ، ١٩٧٠ ص ٨ وما بعدها ؛ حمدى عبد الرحمن ، نحو نظرة جديدة الى مدخل الدراسة القانونية المقارنة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الثانى السنة السابعة عشر يوليو سنة ١٩٧٥ ، ص ٨١٩ وما بعدها .

وقد توصل الفقه المقارن الحديث الى تقسيم القوانين التى ترتبط فيما بينها بمبادىء وأسس متشابهة ـ سواء من ناحية المبادىء الموضوعية أو الأساليب الفنية ـ الى مجموعة من الشرائع أهمها (١) :

أولا : شريعة القوانين اللاتينية (٢) :

وتضم القوانين التى أخذت عن القانون الرومانى ، وأهمها القانون الفرنسى والقانون السويسرى والقانون الايطالى ، والقوانين التى نقلت عن هذه القوانين .

ثانيا : شريعة القانون الأنجلو أمريكى (٣) :

وتضم القانون الانجليزى والقانون الأمريكى ، والقوانين التى أخذت عنهما .

ثالثا : قوانين الدول الاشتراكية (٤) :

وتضم قوانين الدول التى تنتمى الى المذهب الماركسى بصفة عامة ، ودول الكتلة الاشتراكية بصفة خاصة .

---

(١) يقيم الأستاذ دافيد تقسيم الشرائع على اساس اتفاق قوانين الشريعة الواحدة فيما يسمى بالعناصر الثابتة ، وهى تتعلق بخصائص الفن القانونى (مصادر القانون ، تقسيماته ، طرق البحث ..) يضاف الى ذلك ضرورة اتفاقها فى المظاهر الفلسفية والاقتصادية والسياسية ، حتى يتحقق لها وحدة المفهوم الحضارى للحياة الاجتماعية : دافيد ، المرجع السابق ، رقم ١٥ ، ص ٢٠ ؛ وراجع عبد المنعم البدراوى ، أصول القانون المقارن ، رقم ٢٣١ وما بعدها ، ص ٢٩٦ وما بعدها .

(٢) وتتميز باعداد القواعد القانونية الموضوعية وفق تصور مسبق عام ومجرد . كما أن القانون المدنى يعتبر هو القانون الأم الذى تفرعت عنه ، تاريخيا ، الفروع القانونية الأخرى ؛ كما أنها ما زالت تقوم الى حد كبير على أساس القانون الرومانى .

(٣) وتتميز هذه الشريعة بالطابع العملى ، والاهتمام بالاجراءات القضائية .

ومصدرها التاريخى هو القانون الانجليزى الذى تطور من خلال الاهتمام بمصالح التاج فغلب عليه ، فى نشأته ، طابع القانون العام ؛ وللسوابق القضائية فى هذه الشريعة دور بارز .

(٤) وتستند الى النظرية الماركسية ، وبالتالى تضفى على القانون طابعا ثوريا ، فهو مجرد وسيلة دائمة التطور مع تطور المجتمع المتجه نحو الشيوعية .

رابعا : القوانين ذات الصبغة الدينية أو الفلسفية (١) :

وتضـم مجموعة القوانين ذات الصبغة الدينية أو الفلسفية ، مثل الاسلام ، اليهودية ، والهندوكية .

خطـة البحث :

٤ — نعرض لدراسة فكرة القانون من خلال أربعة فصول .

الفصل الأول : أهداف القانون .

الفصل الثانى : أساس القانون .

الفصل الثالث : نظرية القاعدة القانونية .

الفصل الرابع : مصادر القانون .

---

(١) وهذه الشرائع لا تنطوى تحت لواء شريعة واحدة نظرا لما بينها من اختلافات جوهرية ، وما يجمعها هو مجرد الوصف الخارجى الفلسفى أو الدينى .

فكرة القانون

(أهدافه ـ أساسه ـ نظرية القاعدة القانونية ـ مصادر القانون)

الفصل الأول

أهداف القانون

ليس من السهل أن نقدم لأهداف القانون ، فالقانون هو الظاهرة التى تنظم الحياة الاجتماعية بكل ما فيها من ظواهر طبيعية ، ونشاط انسانى ، وما بينهما من تداخل وتأثير متبادل . لذلك ، وعلى مستوى الجزئيات ، فان أهداف القانون لا تتناهى ، وبالتالى فاننا سنعرض للأمر من خلال الأهداف الكلية الرئيسية وهى :

- تحقيق الأمن الفردى .
- تحقيق العدل .
- تحقيق الاستقرار .
- تحقيق أهداف النظام الاقتصادى .
- تحقيق أهداف النظام السياسى .

المبحث الأول

تحقيق الأمن الفردى

٦ — يستهدف القانون فى المقام الأول تحقيق الأمن الفردى ، بمعنى تقديم الوسائل اللازمة لمنــع الاعتداء فيما بين أفراد المجتمع ، ثم توفير وسائل جبر ما يترتب على الاعتداء من أضرار ، عند اختلال الأمن المشار اليــه • ومن المظاهر المبكرة للنظم القانونية فى هذا الشأن اقرار مبــدأ مسئولية كل شخص عما يحــدثه من أضرار للغــير (١) ، ويجسد هــذا الاقرار مفهوم العــدالة فى معناها البسيط والذى يتفق مع مقتضــيات المبادىء الأخلاقية • وقد اتخذ المبدأ المشار اليه ، فى بداية الأمر ، خط الاقتصار على جبر الضرر الناتج عن الخطــأ ، بمعنى أنه يلزم لاعمــال المسئولية أن يكون مرتكب الفعل الضار قد انحرف عن السلوك العادى المعترف به اجتماعيا ، ولذلك قيل أن قاعدة المسئولية ، على هذا النحو ، تهدف الى عقاب السلوك المنحرف بالمعنى الأخلاقى • والى جانب هذه المسئولية الشخصية تقرر الأنظمة القانونية نوعا آخر من المسئولية ، هى المسئولية عن أخطاء الغير ، ووفقا لهــا يسأل الشخص عن أفعال غيره ، فمن ناحية أولى قد يكلف القانون شخصا برقابة شخص آخر (٢) بسبب صغر سن هذا الأخير ، أو بسبب حالته العقلية (المجنون والمعتوه ••) ، أو حالته الجســمية (الأعمى والمشلول ••) وفى هــذه الفروض يسأل المكلف بالرقابة بافتراض خطئه عن نتائج أخطاء المشمولين برقابته • ومن ناحية ثانية فقد يستخدم الشخص أشخاصا آخرين للعمل لحسابه وتحت رقابته واشرافه ، وفى هــذا الفرض يقــرر النظام القانونى مسئوليــة صاحب العمل عن الأفعال غير المشروعة التى تصدر عن عماله أثناء تأديتهم

---

(١) م ١٦٣ من القانون المدنى المصرى « كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » وراجع المــادة ١٦٤ .

(٢) م ١/١٧٣ من القانون المدنى « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمــل الضار غير مميز » .

لأعمالهم أو بسبب قيامهم بتلك الأعمال (١) .

غير أن تطور النظم القانونية لم يقف بالمسئولية عند حدود الخطأ ، بل تجاوز هذه الفكرة ليقرر صورا أخرى المسئولية تقوم فى حق الشخص لمجرد ارتكابه لسلوك أدى الى حدوث الضرر ، بالرغم من عدم توافر وصف الخطأ ، فى ذلك السلوك ، بالمعنى الدقيق . فقد اقتضت اعتبارات تحقيق الأمن فى صورته الحديثة أن يجد المضرور من يعوضه عن ما يصيبه من أضرار .

ومن أوضح الصور الحديثة لهذا التطبيق الجديد للمسئولية ما يعرف بالمسئولية عن فعل الأشياء (٢) ، فقد قررت كثير من الأنظمة القانونية الحديثة مسئولية الشخص عن الأضرار التى تحدثها الأشياء الموضوعة تحت حراسته ، بغض النظر عن نسبة أى انحراف الى سلوك حارس الشىء شخصيا .

ويعد هذا الهدف من الأهداف الجوهرية بالنسبة لأى نظام قانونى ، فهو يعد ، على حد قول بنتام Bentam السمة المميزة للحياة المدنية ، السمة التى تميز حياة الانسان عن حياة الحيوان ، ففى ظل الأمن يستطيع الانسان أن يحدد مشروعات مستقبله ، أن يعمل وأن يقتصد .. وبه يرتبط الحاضر بالمستقبل برباط الحيطة والرؤية المستقبلية بحيث يضمن الانسان لوجوده استمراره للأجيال القادمة (٣) .

---

(١) م ١٧٤ مدنى « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا فى حال تأدية وظيفته او بسببها » .

(٢) م ١٧٨ مدنى « كل من تولى حراسة اشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه ، هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة . راجع المادة ١٧٦ مدنى فى صدد مسئولية حارس الحيوان ، والمادة ١٧٧ مدنى فى صدد مسئولية حارس البناء .

(٣) راجع : مؤلف جماعى عن أهداف القانون صادر عن الجمعية الدولية لفلسفة القانون الجزء الثالث ١٩٣٧ - ١٩٣٨ ص ٥٥ ، ص ١٢٧ وما بعدها .

المبحث الثانى

تحقيق العــدل

٧ ــ منذ أن وجد الانسان فى مجتمع يضم غيره من أقرانه وهو ينشد العدل فيما ينشأ بينه وبينهم من علاقات ومعاملات • لذلك ليس غريبا أن تلازم فكرة العدل فكرة القانون منذ وجوده • بل لا نحسب أننا نتجاوز الحقيقة اذا قلنــا أن فكرة العــدل تتوج قمــة الهــرم القانونى على الدوام • ولهذا السبب ليس بالغريب أيضا أن تستحوذ تلك الفكرة على اهتمام الفلاسفة منذ أقــدم العصــور • وســوف نشــير الى بعض جوانب هذا الاهتمام فى بعض العصور المختلفة •

والفكرة غير سهلة التعريف ، ذلك أنها ، من ناحية ، تخالط الاحساس الأخلاقى ، لذلك فان البعض لا يتجاوز ، فى تعريفها ، مجمــل القــول بأنها ارادة اعطاء كل ذى حق حقه • ومن ناحية ثانية فهى غير ثابتــة على مر العصور ، اذ تتــأثر ، بالضرورة ، بالأوضاع الثقافيــة والاقتصادية والاجتماعيــة والسياسية والدينية السائدة فى مجتمع معــين وفى زمن بذاته (١) •

لذلك نكتفى فى صدد هذه الفكرة الهامة ، بايراد بعض التحديدات العــــامة :

٨ ــ التحديد الأول : ان للفكرة تعريفات متعددة تدور فى معظمها حول المساواة (٢) ورفع الظلم الذى يقع من شــخص على حق شــخص آخر ، والحق المقصود هنا هو ، بطبيعة الحال ، ذلك الحق الذى ينبثق

---

(١) راجع : وجدى راغب ، محاضرات : المدخل لدراسة القــانون (١٩٦٨) ، ص ٩ •

(٢) فعند الفقيه البيان العدل هو ارادة اعطاء كل ذى حق حقه « أشار اليه دابان ، النظرية العامة للقانون (١٩٥٣) ، رقم ٢١٩ ص ٢٦٨ ، وعند جينى تتضــمن فكرة العــدل « فكرة التناسب الذى يجب أن يكون بين المصالح المتعارضة بقصــد تحقيق النظام اللازم لبقــاء الجماعة الانسانية والنهوض بها » جينى : العلم والصياغة (١٩١٣ ، ١٩٢٤) ، الجزء الأول رقم ١٦ ص ٤٩ ، ٥٠ •

عن القواعد القانونية السائدة فى المجتمع • وبهذا ينتهى العدل الى نوع من المساواة أمام القانون • وهذا العدل يمكن تسميته بالعدل الشكلى •

غير أن هذا المستوى الأول للعـدل يمثـل نطاقا مجـردا لا يراعى الظروف والملابسات الواقعية الخاصة بكل حالة على حدة • ومن هنـا جاءت تفرقة تقـرر أن العدل يجب أن يكمل بفكرة العدالة •

فالعدل يضع المعايير المجردة للمساواة ، ثم تأتى العـدالة لتـأخذ فى الاعتبار الظروف والملابسات الخاصة بكل وضع معين (١) •

فالعدالة هى اذن نوع من العدل (٢) • والقـاضى هو الذى يتولى تصحيح العدل المجرد ، ورده الى نطاق العـدالة الواقعية (ان صـح التعبير) • وقد يتولى القانون ذاته هذه المهمة بأساليب تشريعية معينة ، على ما سنرى فيما بعد •

٩ ـ التحديد الثانى : ان القانون فى سعيه الى تحقيق العـدل يتفق ، فى تقـديرنا ، مع مقتضيات العقـل والتفكير المنطقى • فالقانون يسعى ، فى ترتيبه لأوضاع العلاقات الاجتماعية والانسانية ، الى الكمال ، والكمال هو ما يستحسنه العقـل • لذلك فان الملاحظ لأحكام النظام القانونى لا يسعه الا أن يسلم بأنها ، فى نهاية المطاف ، نظام عقلى ومنطقى غاية فى الاقناع (٣) • واذا أخذنا مثلا نظرية الالتزام ، بوصفها العمود الفقرى للنظام القـانونى ، لوجدنا أنها تقـوم على ثلاثة مبادىء عادلة ومنطقية فى ذات الوقت :

ـ ضرورة الوفاء بالعهود (العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله الا باتفاق أطرافه) •

---

(١) راجع : عبد الحى حجازى ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، نظرية القانون ١٩٧٢ (الكويت) رقم ١٣٩ وما بعدها ص ٢٠٣ وما بعدها .

(٢) عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، رقم ١٥٢ و ١٥٣ ص ٢١٧ وما بعدها .

(٣) راجع وقارن بصفة عامة : Ch. Perelman : Logique Juridique, Dalloz 1976, not. p. 88 ets.

ـ ان كل من أضر بغـيره تعين أن يتحمـل نتيجة فعله بتعويض المضرور •

ـ ان كل من أثرى على حساب غيره تعـين عليه تعويض من افتقر نتيجة هذا الاثراء وفق نظام عادل •

تلك كليات واضحة وأساسـية ، يضاف اليها جمـع من المبادىء التفصيلية تتسم بذات صفتى العـدل والمنطق ونخص منها بالذكـر المبادىء الآتيـة :

فاقد الشيء لا يعطيه وغير المالك لا يملك ـ الأصل فى الانسان براءة الذمة ـ العقد شريعة المتعاقدين [1] مبدأ نسبية أثر العقد بحيث لا ينصرف الى غير أطرافه ـ يفسر الشـك لمصـلحة المدين [2] ـ ضرورة تنفيذ الالتزامات بحسن نيـة [3] ـ لا تكليف بمستحيل ـ الضرورات تبيح المحظـورات ـ الغش يفسد كل شيء ـ لا ينسب لساكت قول [4] ـ ما ورد على سبيل الاستثناء لا يجوز التوسع فى تفسيره وغيره لا يقاس عليه ـ القانون الجديد ينسخ القانون القديم [5] ـ النص الخاص يقيد النص العام ـ الاقرار حجة قاصرة على المقر [6] ـ لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه ـ لا يجبر الشـخص على تقـديم دليـل ضـد نفسه ••• الخ •

١٠ ـ غير أن القـانون فى سـعيه نحو تحقيق العدل المنطقى ـ (أو المنطق العادل) يحرص على قدر من التوازن بين المصـالح المختلفة والمتعارضة لأشخاص النظـام القـانونى • لذلك فان بعض الأساليب التشريعية تستهدف ، صراحة ، التخفيف مما يبدو ، فى بعض الحالات ،

---

(١) راجع م ١٤٥ و ١٤٧ و ١٥٢ مدنى •
(٢) راجع م ١٥١ مدنى •
(٣) راجع م ١٥١ مدنى •
(٤) راجع م ٩٨ مدنى التى تعتد بالسكوت فى حالات استثنائية •
(٥) راجع م ٢ مدنى •
(٦) م ١٠٤ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٤ •

أنه عدل شكلى ، أو منطق قانونى مجرد • ومن أهم هذه الأساليب نظرة الميسرة ، العدول عن التنفيذ العينى رغم توافر شروطه ، وقيد المصلحة :

— **نظرة الميسرة :** فالأصل أن يقوم المدين بالوفاء بالتزامه عند حلول أجله • ومع ذلك فقد أجازت المادة ٢/٣٤٦ مدنى للقاضى ، فى حالات استثنائية ، اذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجل ضرر جسيم » •

ففى هذا النص خروج على مقتضى القاعدة العامة فى شأن زمن الوفاء بالالتزام (١) ، ولكن هذا الخروج يتم فى اطار فلسفة توازن بين مصالح الطرفين ، فهو من ناحية يراعى ظروف المدين عاثر الحظ ، ومن ناحية أخرى يقيد نظرة الميسرة بألا تلحق بالدائن ضررا جسيما •

— **العدول عن التنفيذ العينى :** الأصل أن يؤدى المدين ذات ماالتزم به ، بمعنى أن الأصل هو التنفيذ العينى (٢) • غير أن هذا الأصل مشروط ، منطقيا ، بأن يكون التنفيذ العينى ممكنا ، ومع ذلك فقد أجازت المادة ٢/٢٠٣ مدنى العدول عن التنفيذ العينى على نحو يحقق قدرا من التوازن بين مصالح الدائن ومصالح المدين ، اذ يجوز العدول عن التنفيذ العينى (بدفع تعويض) اذا كان فى هذا التنفيذ العينى ارهاق للمدين • ولكن هذا العدول مشروط بألا يلحق بالدائن ضررا جسيما(٣)•

— **قيد المصلحة :** يتخذ القانون من فكرة المصلحة التى يتوخاها الفرد قيدا لتحقيق قدر من المصالح العادلة فى بعض الفروض • وهو فى اتخاذه هذا السبيل ينأى بالعدل عن المنطق المجرد أو الشكلى ليصيب به فى نطاق ما يمكن أن نسميه بالمنطق المصلحى المشروع • ومن أوضح

---

(١) م ١/٢٤٦ مدنى « يجب ان يتم الوفاء فورا بمجرد ترتيب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

(٢) م ١/٢٠٣ مدنى « يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا » .

(٣) راجع : اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام (١٩٦٧) رقم ٦ ، ص٩ .

التطبيقــات ما نصت عليه المــادة الخامسة من القانون المدنى فى شــأن التعسف فى استعمال الحقوق حيث نصت على أن يكون استعمال الحق غيرمشروع فى فروض ثلاثة هى :

(ا) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير •

(ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقهــا قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها •

(جـ) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة •

وفى قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ تنص المادة الثالثة على أنه: لا يقبل أى طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة ••• (١) •

ومفاد هذا النص أنه رغم ثبوت الحق للشخص فان دعواه أو دفعه لا يقبل أمام القضاء الا اذا كان يستهدف تحقيق مصلحة عملية ، مادية أو أدبية ، من وراء ذلك •

وبالمقابل لذلك ، فان مخالفة الشكل ، فى قانون المرافعات ، قــد لا تؤدى دائما الى البطلان ، وذلك فى الفروض التى تتحقق فيها الغاية من الاجراء ، رغم بطلانه ، وفى ذلك المعنى تنص المادة ٢/٢٠ من قانون المرافعات على أنه « لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه اذا ثبت تحقق الغاية من الاجراء » (٢) ويطبق هذا الحكم حتى فى الحالات التى يتعلق فيهــا البطلان بالنظام العام (٣) •

(١) راجع : رمزى سيف ، الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية (الطبعة الثامنة ١٩٦٨ — ١٩٦٩) ص ١٢٢ وما بعدها .

(٢) راجع : رمزى سيف ، المرجع الســابق ، رقم ٣٨٥ ص ٤٩١ وما بعدها .

(٣) رمزى سيف ، الموضــع السابق . ومن قبيل تحقيق الغــاية ما يتطلبه القانون فى أوراق المحضرين من ضرورة بيان اسم المعلن اليه واللقب والمهنة أو الوظيفة اذ الغرض من هــذا البيان هو تعيين شخصية المعلن والمعلن اليه ، فان تحقق هذا الغرض رغم ما فى البيان من نقص فلا يحكم بالبطــلان .

المبحث الثالث

تحقيق الاستقرار

١١ — يعتبر الاستقرار من الأهـداف الرئيسية للنظام القانونى • فالأمن ، والعدل ، والاستقرار ، هى قيم لا يجوز ، بل لا يتيسر ، فصل بعضها عن البعض الآخر • لذلك فان حاجة المجتمع الى الاستقرار هى بحجم حاجته الى العدل والأمن •

وفى سبيل تحقيق هدف الاستقرار يسخر النظام القـانونى مبادئه المتعددة ويضع أساليب مختلفة •

ولعـل من أهم المبادىء ، التى نذكرها على سبيل المثـال ، التى تستهدف الاستقرار فى المقام الأول ، مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين (١)• والمبدأ يحقق استقرار العقود والتصرفات القانونية فيما يجرى بين الأفراد من معاملات ، وهو يفرض على كل طرف فى عقد أو تصرف قانونى أن يلتزم بما يقضى به الاتفاق ، بحيث لا يجوز له أن ينقض الاتفاق أو أن يعدله بارادته المنفردة •

ومن المراكز القانونية ، التى تنشأ عن الاتفاقات الفردية ، ما يمس النظام العام بصفة مباشرة ، مثل المركز القانونى الناشىء عن عقد الزواج • وفى مثل هـذه الحالة يتدخل القانون ليحد من حرية أطراف العـلاقة القانونية فى تعـديل آثار المركز القانونى أو فى الغائه ، وذلك بفرض مجموعة من القيود والحدود التى تقتضيها المصلحة العامة ، وهنا يبدو مقتضى الاستقرار أكثر الحاحا نظرا لتعلق الأمر بالنظام العام •

١٢ — ومن ناحية أخرى يتخذ القانون سبلا فنية متعددة لتحقيق الاستقرار المشار اليه •

فمن ناحية أولى تقتضى فكرة الاستقرار أن يتوافر فى القـواعد القانونية وصف العمومية والتجريد ، بحيث تتجه بخطابها الى أشخاص

---

(١) راجع مواد ١٤٥ ، ١٤٧ ، ١٥٢ من القانون المدنى .

غير معينين بذواتهم ، بل بصفاتهم ، أو لتوافر شروط موضوعية مجردة فيهم (١) • فمع توافر هــذه الخاصية يصبح القانون أكثر قــدرة على الاقناع ، وأكثر قدرة على استقطاب الانضباط الاجتماعى •

ومن ناحية ثانية ، يرتبط تحقيق الاستقرار بفكرة الجزاء • فالجزاء ملازم للقاعدة القانونية ، ولا غنى عنه لتحقيق أهدافهــا • وكلما كان الجزاء فعالا ، ومناسبا لتحقيق الهدف المنشود ، كلما آصــاب القانون أكبر قدر من النجاح (٢) •

ومن ناحية ثالثة ، يرتبط الاستقرار بوجود مؤسسات تقوم على تطبيق القانون بأكبر قدر من الاحترام والفعالية ومن أهم هذه المؤسسات الجهاز القضائى •

الاستقرار والأوضــاع الفعلية :

١٣ ــ والقانون فى سعيه الى تحقيق الاستقرار ، السابق الاشارة اليه ، انما ينشد الاستقرار فى ظــل الشرعية ، أى الاستقرار عن طريق حماية العدل وفقا للمفهوم القانونى العام • غير أن النظام القانونى قــد يتجه ، فى بعض الحالات ، الى تحقيق نوع آخر من الاستقرار لا يتفق مع المنطلق العام لفكرة العدل ، وذلك حيث يتجه الى تسوية بعض المراكز الفعلية (غير القانونية) على نحو يرجح فيه مصلحة أحد أطراف المركز على حساب طرف آخر ، وهو ما نلمسه فى أنظمة التقادم ، ونظام حماية الأوضاع الظاهرة •

فوفقا لنظام التقادم المكسب تثبت ملكية الشىء أو الحق العينى لمن حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له ، كذلك من حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هــذا الحق خاصا به ، اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة (٣) • فاذا وقعت الحيازة على عقار ،

---

(١) راجع : فيما بعد ، خصائص القاعدة القانونية .
(٢) راجع : فيما بعد ، فكرة الجزاء فى القاعدة القانونية .
(٣) مادة ٩٦٨ مدنى .

أو على حق عينى عقــارى ، وكانت مقترنة بحسن النيــة (وقت تلقى الحــق) ، ومســتندة فى الوقت ذاته الى سبب صحيح (١) ، فان مدة التقادم تكون خمس سنوات (٢) ٠

كما تقف فكرة استقرار المعاملات خلف نظــام التقــادم المسقط للالتزام ، خاصة التقادم الطويل الذى يستند — فى اسقاط الالتزام — الى مفهوم حسم المنازعات ، ولو لم يكن المدين قد أوفى بالتزامه ٠

وتطبيقا لهــذا النظام الأخير يتقــادم الالتزام (أى يسقط بعدم المطالبة باستيفائه) بمضى خمس عشرة سنة (٣) من اليوم الذى أصبح فيه الدين مستحق الأداء (٤) ٠

حماية الأوضــاع الظاهرة :

الأصل أن حماية القانون لا تتوافر الا بالنسبة للأوضاع المتفقة مع صحيح حكم القانون ، وبالتالى فان أية أوضاع غير قانونية لا تستحق الحماية المذكورة ٠ ولكن القانون يخرج على هذه القاعدة ، فى حالات معينة ، حماية لأوضاع يقدر أنها ، على سبيل الاستثناء ، جديرة بالحماية ، لحكمة تتعلق بالاستقرار فى التعامل ٠ ويتحقق هذا الاتجاه فى حمــاية ما يسمى بالوضع الظاهر ٠

ويقوم الوضع الظاهر على حقيقة لا يحميها القانون ، ولكنه ، أى الوضع الظاهر ، يوهم ، فى تعبيره عن نفسه ، أمام الناس ، بأنه مركز يتفق مع حكم القانون (٥) ٠

---

(١) السبب الصحيح هــو السند الذى يصدر من شخص لا يكون مالكا للشىء او صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقــادم ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون ٠

(٢) مادة ٩٦٩ مدنى ٠

(٣) مادة ٣٧٣ مدنى ، راجع وقارن المواد التالية لها ٠

(٤) مادة ٣٨١ مدنى ٠

(٥) راجع الموضوع : عبد الباسط جميعى ، نظرية الاوضاع الظاهرة ، رسالة مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٥٥ ، نعمان جمعة ، أركان الوضع الظاهر كمصدر للحق ، مطبوعات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم (القاهرة ١٩٧٧ ص ٣ وما بعدها ٠

ومن تطبيقات هذه الفكرة :

ـ ما نصت عليه المادة ٣٣٢ من القانون المدنى من أنه « يعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم مخالصة صادرة عن الدائن ، كما تقضى المادة ٣٣٣ مدنى على أنه « اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين الا ... أو تم الوفاء ، بحسن نية ، لشخص كان الدين فى حيازته » .

ففى هذه الفروض يستوفى الدين استنادا الى وكالة وهمية أو مزورة أو باطلة ، كأن يختلس شخص ايصالات معدة للتحصيل ويتقدم بها الى المدين لاستيفاء الدين (١) .

كذلك الحال فى شأن حماية التصرفات الصادرة من الوارث الظاهر (٢) ومثالها « أن تستقر أموال التركة ، أو جزء منها ، فى ذمة شخص ، ثم يظهر فيما بعد مانع من موانع الوراثة ، مثل ثبوت قتل الوارث للمورث ، أو أن يظهر من هو أقرب للمورث ويحجب الوارث الأول » (٣) .

وفى هذا الفرض تتم حماية الغير الذى تعامل مع الوارث الظاهر استنادا الى فكرة الوضع الظاهر ، وعلى أساس أن الغلط الشائع يولد الحق (٤) .

---

(١) نعمان جمعة ، المرجع السابق ، ص ٨٧ ، ٨٨ .

(٢) عبد الباسط جميعى ، المرجع السابق ، ص ١٤٢ ، نعمان جمعة ، المرجع السابق ص ١٢٠ .

(٣) نعمان جمعة ، المرجع السابق ، ص ٦٢٠ .

(٤) راجع فى تصرفات المالك الظاهر : عبد الباسط جميعى ، المرجع السابق ، ص ٣٧١ وما بعدها ، نعمان جمعة ، المرجع السابق ، ص ٩٣ وما بعدها ، وفى حماية تصرفات الوكيل الظاهر ، عبد الباسط جميعى ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ وما بعدها ، ونعمان جمعة ، المرجع السابق ، ص ٦٦ وما بعدها .

المبحث الرابع

تحقيق اهداف النظام الاقتصادى

١٥ — لا شك فى أن لكل نظـام اقتصادى مقتضيات معينة على مستوى التنظيم القانونى ، فالمشكلات والأهداف الاقتصادية لابد أن تجد صياغتها فى اطار مبادىء وتنظيمات قانونية مناسبة . غير أن هـذا الارتباط لم يكن على قدر كاف من الوضـوح فى ظـل المراحل الأولى للنظام الرأسمالى (١) ، ففى هذه المراحل سادت فلسفة الدولة الحارسة التى لا تتدخل فى النظام الاقتصادى الا فى أضيق الحدود ، وبالقـدر اللازم لفض التعارض بين المصالح الفردية ، لذلك كان ظهور المقتضى القانونى للأهداف الاقتصادية غير مثير للالتفات . وقد ساهم فى تأكيد هذا المفهوم ذلك الاطلاق فى الاعتماد على نظام العرض والطلب فى حكم حركة الحياة الاقتصادية ، وقد اعتقد بعض الاقتصاديين ، نتيجة لذلك ، بالاستقلال الكامل بين العلوم الاقتصادية والعلوم القانونية . غير أن هذا الاعتقاد الأخير لم يكن فى الحقيقة مطابقا لواقع العـلاقة بين المعطيات الاقتصادية والقانون ، فحتى فى بداية تطور النظـام الرأسمالى الفردى كان لابد من خلق الأدوات القانونية اللازمة لتحقيق مفاهيم ذلك النظام ، لذلك وجدنا أن هـذا النظام قد ارتبط منـذ البداية بمبادىء قانونية

---

(١) لا يسع الملاحظ لتطور الأنظمة القانونية فى العصـور القديمة والحديثة الا أن يلاحظ ذلك الارتباط بين الحالة الاقتصادية والأوضـاع القانونية لكل مجتمع . ففى المجتمع الرومانى حتى نهاية القرن الرابع قبل الميلاد كانت الأنظمة القانونية لا تتجاوز فى بساطتهـا مقتضيات المجتمع الزراعى المحدود والمغلق . وعندما بدأ المجتمع يتطور تجاريا بدأت الأنظمة القانونية تتخذ أوضاعا جديدة تتلاءم مع مقتضيات المجتمع الحديث .

راجع : صوفى أبو طالب ، مبادىء تاريخ القانون (١٩٧١) الجزء الثانى ، ص ٢٠٣ وما بعدها .

وفى المجتمع الحديث أثبتت الثورة الصناعية ذات الملاحظة ، اذ ترتب على التطور الاقتصادى الهائل تطور مماثل على صعيد الأنظمة القانونية .

راجع : Laroque فى محاضراته عن كبرى المشكلات الاجتماعية **المعاصرة** ، باريس **١٩٥٩** ، ص ٢٠١ وما بعدها ، وراجع : بصفة عامة ليفى بريل ، المظاهر الاجتماعية للقانون (باريس ١٩٥٥) سبقت الاشارة اليه .

أساسية كمبدأ حرية التملك ، وحماية الملكية ، ومبدأ حرية التعاقد وأن العقد شريعة المتعاقدين .. الخ ، كما أن العلم القانونى كان دائما ملازما لكل تطور اقتصادى لكى يقدم له الوسائل الفنية التى لابد منها ، ومن قبيل ذلك تقديم نظام الشخصية الاعتبارية كوسيلة قانونية لتحقيق وحدة قانونية متكاملة لمصالح تمس مجموعة من الأفراد . وهكذا نشأت أيضا أدوات اقتصادية فى اطار قانونى بالغ الأهمية بالنسبة للنظام الرأسمالى مثل الشركات المساهمة (١) .

لهذه الأسباب أثبت التطور الارتباط العميق بين الاقتصاد والقانون بل أن هذا الارتباط قد دفع بعض الغلاة الى القول بأنه يبلغ حد الارتباط بين السبب والنتيجة أو الشكل والمضمون (٢) .

١٦ — وقد أصبح مؤكدا فى عالمنا المعاصر أن القانون لابد أن يتسق ويتجاوب مع الضرورات الاقتصادية ، وقد ثبتت هذه الحقيقة من خلال الأزمات الاقتصادية التى مر بها العالم الرأسمالى ذاته بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية . ومن ناحية أخرى ، فقد شاعت الأفكار والأنظمة الاشتراكية ، وصاحب هذا الشيوع تدخل الدولة فى النشاط الاقتصادى تدخلا مباشرا ومستمرا وفعالا (٣) . ومع هذا التدخل اصبح الربط بين الأهداف الاقتصادية والوسائل القانونية أمرا مؤكدا وواضحا ولا غنى عنه . ومع هذا التدخل أيضا وجدت ظواهر قانونية جديدة ، فمثلاوجدت الى جانب مبدأ الحرية التعاقدية ظاهرة الاجبار القانونى على التعاقد ، والى جانب مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين برزت ظاهرة العقد الموجه(٤)،

---

(١) راجع : ليفى بريل ، المرجع المسابق ، ص ١٢٧ وما بعدها ، كاربونييه ، القانون المدنى ، باريس ١٩٧٧ ، رقم ٨ ص ٤٥ ، ستارك ، القانون المدنى ، المدخل (١٩٧٢) ، رقم ٣٣ ، ص ١٧ .

(٢) راجع : مجدى صبحى خليل : التوجيه الاقتصادى والعقود ، باريس ١٩٦٧ ، ص ١ .

(٣) راجع : مجدى صبحى خليل ، المرجع السابق ، رقم ١٣٢ ، ص ٢١١ .

(٤) راجع : جوسران العقد الاجبارى Contrat Forcé فى D. H ١٩٤٠ ص ٥ .

كما ظهرت قوانين تقيد من حق التملك وأخرى تفرض قيودا على سلطات المـالك ... الخ (١) .

ويتفق القول السابق مع النظرة الى القـانون بوصفه وسيلة الى تنظيم الأوضـاع الاجتماعية من كافة نواحيها . فان أدركنا أن العامل الاقتصادى قد أصبحت له السيطرة على حياة الأفراد فى المجتمع الحديث لأمكن بسهولة أن تقرر وجوب استجابة القانون سريعا لكل مقتضى أو تطور اقتصادى . غير أن للقانون دورا آخر فى مواجهة العوامل الاقتصادية ، اذ يقوم بدور الضابط ، بمعنى أنه لا يتأثر فحسب ، بل أنه يتخذ كمؤثر فى توجيه سير الحياة الاقتصادية . ولذلك فان فهم التحولات الهـائلة فى النظام القانونى ، على مر العصور ، خاصـة بعد الثـورة الصناعية لا يتيسر الا بعد فهم أبعاد التطورات الاقتصادية فهما سليما .

وقـد أدرك علماء الاقتصـاد والقانون هذه الحقائق ، فبدت لهم ضرورة الربط بين دراسة القانون ودراسة الاقتصاد .

فمن ناحية أولى لا يجوز الفصل بين الدراسة الاقتصادية للثروات من حيث انتاجها وتداولهـا وتوزيعهـا وبين ما يقـدمه القـانون من

---

(١) راجع : عبدالحى حجازى ، المرجع السابق ، رقم ٣٣ ، ص ٥٢ وما بعدها ، ستارك ، المرجع السابق ، رقم ٣٢ ، ص ١٦ وما بعدها .

من الملاحظ بوضوح فى المجتمع الحديث أن فكرة حرية التعاقد ومبدأ سلطان الارادة قد تراجعا الى حد بعيد تحت ضغط الحاجات الاقتصادية التى دفعت الدولة الى التدخل بوسائل قانونية متعددة . فلم يعد الفرد حرا فى أن يتعاقد وفق مشيئته فى كثير من القطاعات . ففى قطاع قانون العمل ، وفى قطاع المعاملات المتصلة بالمواد التموينية ، لابد أن يخضع الأفراد لمـا تقرره القوانين من أحكام آمرة ــ وهى كثيرة ــ متعلقة بالنظام العام . بل لقـد وصـل النظام القانونى الى حـد الاجبار على التعاقد فى بعض الحالات ، فمالك السيارة مثلا يلتزم بابرام عقد التأمين عليها ، ومالك المبنى المعد للسكن ليس حـرا فى اختيار من يتعاقد معه ، فى بعض الحالات ، كما هـو الشأن فى حالة تبـادل المساكن م ٧ من قانون الاسكان رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أو فى حالة اجباره على اعطـاء المسكن لموظف منقول بدلا من الساكن م ٧ من قانون الاسكان ، بل لقد وصل الأمر ، فى حالات أخرى ، الى حد اقرار نشأة العلاقة بقوة القانون ، فالمـالك الذى نزعت ملكية عقار يسكن فيه ، يعتبر مستأجرا لمـا يشغله من هذا العقار ، بقوة القانون ، فى مواجهة من يرسو عليه المزاد م ٦ من قانون الاسكان .

أحكام لنظامها القانونى والقضائى والاتفاقى [١] .

ومن ناحية ثانية فان الظواهر الاقتصادية فى تطور مستمر ، ولابد للقانون أن يلازم هذا التطور ليقدم له الوسائل الفنية المناسبة . وقد أثبت تطور المجتمع الرأسمالى الحديث هذه الحقيقة على نحو واضح ، ففى مطلع القرن التاسع عشر ، ظهرت فى عالم القانون (فرنسا) مدارس التفسير التى تقدس النصوص [٢] (مدرسة الشرح على المتون). غير أن الواقع الاقتصادى فرض مقتضيات التطور المناقض لجمود النصوص القانونية ، فلم يمض وقت طويل حتى تبين أن من العبث التمسك بجمود لا يساير التطور الاقتصادى . وقد ظهرت على أثر ذلك المدارس القانونية التى وفقت بين القانون (من خلال التفسير المناسب) وبين مقتضيات الواقع [٣] ، [٤] .

---

(١) عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، رقم ٣٦ ، ص ٥٦ وما بعدها ، والمراجع التى أشار اليها .

(٢) راجع فى هذه الخصوصية : احمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون (١٩٧٨) رقم ٩٤ ، ص ١٨٠ ، توفيق فرج ، المرجع السابق رقم ٢٣٣ ، ص ٣٩٣ .

(٣) راجع : احمد شرف الدين ، حول فكرة القانون الاقتصادى ، خاصة فى الولايات المتحدة الأمريكية التى تقدم نماذج جديدة للتحولات الاقتصادية والقانونية : مذكرات على الآلة الناسخة (كلية حقوق عين شمس ١٩٧٧ ـ ١٩٧٨) ، ستارك ، المرجع السابق ، رقم ٣٥ ص ١٧ .

(٤) من المسائل الاقتصادية ذات الارتباط الوثيق بالقانون مسألة الضرائب . فقد تطورت المشكلات القانونية للضرائب فى العصر الحديث ، الى حد بعيد . اذ يتعين على المشرع أن يقدر عند فرض ضريبة معينة المبرر الكافى لفرضها ، وأن يقدر أيضا حجمها المناسب (وهنا أيضا يبدو تداخل الاقتصاد والسياسة والقانون) . يضاف الى ذلك وجوب الالمام المسبق بانعكاسات الضريبة من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية ، وأخيرا فان للسياسة الضريبية جانب عقابى يتعين الحرص الشديد فى تناول أحكامه ، مما يخلق مشكلات قانونية تتعلق بأنسب الظروف لتطبيق القواعد القانونية الخاصة بالضرائب .

المبحث الخامس

تحقيق الأهداف السياسية

١٧ ـ ترتبط السياسة بفكرتى الشرعية والنظام ، فهى الاطار التنظيمى لحياة المجتمع ككل . لذلك قيل بأن كلمة سياسة تطلق على « مجموعة الغايات المشتركة التى يستهدفها شعب ما والوسائل التى يعدها ذلك الشعب للوصول الى تلك الغايات » (١) .

لذلك يؤدى القانون دوره كاملا فى صدد تنظيم تلك الوسائل وصولا الى الغايات التى يحددها المجتمع لنفسه . وبالتالى نعتقد أن القانون انما يعبر عن نظام سياسى معين ، فهو أداة تنظيم شكل النظام السياسى للدولة ، ويحدد طبيعة العلاقات بين سلطاتها المختلفة . ومن هنا فان مجموعة القواعد القانونية التى تحكم الجماعة ، من الناحية السياسية ، تكون ما يسمى بالنظام السياسى للدولة (٢) .

وترتيبا على ما سبق فان نموذج حكم معين لابد أن يقتضى نظاما قانونيا مناسبا ، مما يؤدى الى اختلاف المقتضى القانونى باختلاف شكل نظام الحكم ، وهل هو نظام استبدادى أم نظام ديمقراطى ، وهل تأخذ الدولة بالنظام الملكى أم بالنظام الجمهورى .

وفى النظام الديمقراطى ، يتوقف الأمر على ما اذا كانت الدولة تتبنى الديمقراطية المباشرة ، أم الديمقراطية النيابية .

ففى جميع هذه الحالات لابد أن يحدد النظام القانونى كيفية اسناد الحكم ، وكيفية تسيير دفته ، على نحو يتفق مع طبيعة النظام الأساسية .

ومن حيث التركيب السياسى للدولة ، تقدم الدولة الاتحادية نماذج لمشكلات قانونية لا مثيل لها فى الدولة البسيطة ، ويتعين بالتالى على القانون أن يواجهها . ففى الدولة الاتحادية تظهر ، على سبيل المثال ،

---

(١) عن : عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، رقم ٤٦ ص ٧١ .

(٢) راجع : ستارك ، القانون المدنى ، المرجع السابق ، رقم ٤١ ، ص ٢٠ .

مشكلة التنوع فى الأنظمة القانونية من دويلة الى آخرى ، مما يثير مشكلة تنازع القوانين الداخلية ، كما يؤدى الأمر ذاته الى كثرة محاولات الغش نحو القانون ، حيث قد يعمـد بعض المواطنين فى احدى الدويلات الى التحايل للهروب من اختصاص قانون ولايته والدخول تحت مظلة قانون ولاية أخرى (١) .

— ومن ناحية أخرى ، فان تبنى النظـام السياسى لأسلوب الحزب الواحد أو نظام تعـدد الأحزاب يقتضى مجموعة من الأساليب القانونية التى تختلف من حالة عنها فى الحالة الأخرى .

ولا يسـع المراقب للأحـوال السياسـية ، فى الدول ذات الحكم الديمقراطى وفى الدول ذات الحكم الاستبدادى ، الا أن يلاحظ أن نظام الحزب الواحد كان ، وما زال ، قرين النزعة الاستبدادية ، وأن نظـام تعدد الأحزاب هو قرين النظم الديمقراطية فى غالب الأحوال .

وحين يجنح نظام معين نحو الاستبداد السياسى ، مقترنا بالحـزب الواحد ، فان المقتضى القانونى لا يسمح بحرية الصـحافة ، ولا يسـمح بحرية الرأى ، أو حرية المعـارضة السياسية . وينتهى هـذا المقتضى ، بالضرورة ، الى تشريع القواعد القانونية الكفيلة بوضع القيود المشار اليهـا .

وبالمقابل لذلك ، فان المقتضى القانونى للديمقراطية لابد أن ينتهى الى وضع الضوابط القانونية التى تكفل حرية التعبير عن الرأى الآخر ، وتكفل بالتالى حرية ممارسة المعارضة السياسية لدورها فى خدمة الحياة

---

(١) اجع : تنك Tunc ، كبرى الأنظمة القانونية المعاصرة ، باريس ١٩٦٩ — ١٩٧٠ ، ص ٧٨ ؛ ومن المشاكل التى يثيرها تعدد القوانين الداخلية فى الولايات المتحدة الأمريكية فى صدد الطلاق ، حيث تبيحه ولاية نيفادا وتمنعه الولايات الأخرى ؛ فقد يحدث طلاق ثم يعقبه زواج جديد ، ثم يذهب الزوجان للاقامة فى ولاية أخرى فيتعرضا للمساءلة الجنائية بتهمة تعدد الزيجات .

السياسية • كما يسمح المقتضى المشار اليه بحرية تملك الصحف ، وحرية تعبيرها عن تنوع الأفكار وتعددها •

وأخيرا ، وعلى ذات المنـوال السابق ، يستهدف النظام القانونى فى المجتمع الديمقراطى الحفـاظ على أكبر قدر من التوازن والاستقلال بين سلطات الدولة المختلفة (التشريعية والقضائية والتنفيذية) •

أما فى الدول الاستبدادية ، فان النظام القانونى يجنح ، بطبيعته ، الى تغليب سـيطرة السلطة التنفيـذية على حسـاب السلطتين التشريعية والقضائية • وتتأكد هـذه الحقيقـة باستعراض الأوضـاع السياسية والقانونية فى الدول المتخلفة ذات نظام الحزب الواحد ، وكذلك الحال فى الدول الشيوعية ذات النظم الشمولية (١) •

المبحث السادس

اهداف القانون بين الفردية والاشتراكية

يبدو من الأفكار السابقة أن للقانون أهدافا متنوعة ، على المستوى الفردى ، وعلى المستوى الاجتماعى والاقتصادى والسياسى • غير أن سرد الأهداف المشار اليها لا يعطى فكرة كاملة عن كيفية التحقق الفعلى لتلك الأهداف • ذلك أن هذا التحقيق يتأثر بالاتجاه العقيدى الذى يسـود المجتمع ، والذى يحدد نوعية ومدى الوسائل التى توضع فى خدمة تلك الأهداف • وأهم النظريات فى هذا الشأن : النظرية الفردية ، والنظـرية الاشـتراكية •

---

(١) راجع : فى علاقة القـانون بالسياسة مقال بعنوان : القـانون والسياسة ، للأستاذ دابان فى Melanges Savatier ، ص ١٨٣ ، ومن المسائل التى تستحق دراسة خاصـة فى هـذا الموضوع علاقة القانون بالثورات ، بصفتها ظواهر سياسية هامة . فالملاحظ للثورات المختلفة ، الثورة الشيوعية ، الثورة الفرنسية ... لابد أن يقرر أن الثورة قد تكون ثورة ضـد القوانين القائمة وصولا الى صياغة جديدة لمفهوم الحيـاة فى المجتمع ، وقـد تكون ثورة بالقانون ، اصلاحا لأوضاع المجتمع « الثورة » المصرية سنة ١٩٥٢ . ولكن عندما تستقر أوضـاع المجتمع بعـد انتهـاء مقتضيات الثورة لابد ، خاصة فى ظـل المفهوم الديمقراطى السليم ، أن تكون السيادة للقانون ، نزولا على معنى الاستقرار الدائم والمنشود .

أولا : النظرية الفردية :

١٨ — وتذهب هذه النظرية الى أن الفرد هو غاية كل تنظيم قانونى، وبالتالى يتعين على القانون أن يضع سعادة الفرد وحريته فى المقـــام الأول ، بحيث يجعـــل منها غايتـــه الأولى والمقدسة (١) • ويجد هـــذا الاتجاه أساسه فى فلسفة العقد الاجتماعى ، ومن مقتضاها أن الفرد حين قرر أن يعيش فى جماعة اتفق مع غيره على أن يحتفظ كل منهم بحقـــوقه وحـــرياته « الطبيعيـــة » ، وأنه لا يتنازل منها الا على القـــدر اللازم والضرورى لقيام الجماعة (٢) ولتحقيق التـــوازن والانسجام فى علاقات أفرادها •

وفيما عدا القدر المحـــدود المشار اليه فلا يجوز للنظام القـــانونى أن يحد من حرية الفرد أو من حقوقه • وتأسيسا على هـــذه الفكرة قيل بأن المذهب الفردى يسعى الى تحقيق العدل التبادلى (٣) ، بمعنى تحقيق المساواة فيما يتبادله الأفراد من أشياء وخدمات ، بطريقـــة تكاد تكون حسابية • وهذا الهدف لا يتحقق ، من وجة نظر المدرسة الفردية ، الابترك كامل الحـــرية للأفـــراد فى ممارســـة أنشـــطتهم ، وقمـــع كل محاولة للعـــدوان عليها •

وقد أدى مفهوم النظرية الفردية الى صياغة بعض المبادىء الهامة ،

---

(١) تؤمن النظرية الفردية بأن الانسان يولد حرا ، ومن حقـــه أن يطور ، بارادته الحرة ، نشاطه المـــادى ، والذهنى ، والأخلاقى ، ومن حقه أيضا أن يستأثر بنتاج هذا النشاط : روبييه ، المرجع السابق ، رقم ٢٦ ، ص ٢٣٢ •

وراجع فى الموضوع : احمد ســـلامة ، المدخل ،رقم ١٤ ، ص ٣١ وما بعدها ؛ شمس الدين الوكيل ، النظرية العامة للقانون (١٩٦٤) رقم ٣٤ وما بعدها ، ص ٤٩ وما بعدها ، عبد الحى حجازى ، المدخل ، الجزء الأول رقم ٢٦٤ وما بعدها ، ٣٥٢ وما بعدها ؛ عبد المنعم البدراوى ، مبادىء القـــانون ، رقم ١٥ وما بعدها ، ص ٣٠ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى ، المدخل ، ص ٢٧ وما بعدها ؛ وجدى راغب ، المرجع الســـابق ، ص ١٦ وما بعدها .

(٢) راجع : عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ١٦ ص٣١ •

(٣) شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، رقم ٣٤ ، ص ٤٩،٥٠ •

سواء على الصعيد السياسى ، أو على المستوى الاقتصادى أو من الناحية السياسية •

فعلى الصعيد السياسى اقتضى اعلاء شأن الحرية الفردية أن تنحصر سلطات الدولة فى أضيق الحدود ، بأن تلتزم فى نشاطها بمبادىء تقديس الحرية الفردية [١] ، بحيث لا تتدخل الا بالقدر اللازم للمحافظة على الأمن ، ومنع التصادم بين حرية الفرد وحريات أقرانه •

ومن هنا ، نشأت تسمية الدولة ، فى ظل النظام الفردى المثالى ، بأنها الدولة الحارسة •

ويقتضى المفهوم السابق وضع الضمانات القانونية والسياسية الكفيلة بحماية حقوق الأفراد فى مواجهة السلطة ، منعا لاستبداد الحكام وتعسفهم •

لذلك كانت النظرية الفردية هى الأساس الفلسفى للديمقراطية الغربية بمعناها التقليدى الذى عرفته دول أوروبا •

ومن الناحية الاقتصادية ، ينتهى المذهب الفردى الى ترك المجال مفتوحا أمام النشاط الفردى الحر ، وتشجيع الحافز الخاص ، مع اطلاق حرية استثمار رؤوس الأموال ، وحرية تنقلها من بلد الى آخر • ويؤمن أنصار المذهب الفردى بأن خير وسيلة للتقدم هى حرية المنافسة الكاملة ، فالتنافس والصدام بين المصالح والقوى المختلفة فى المجتمع لابد أن ينتهى الى بقاء الأصلح ، وبالتالى الى خدمة المصلحة العامة •

---

(١) قرب من هذا المذهب نظرية الفيزيوقراط (الطبيعيون) الذين يلاحظون الاضطراب الذى يسود المجتمع البشرى ، والنظام المنسجم الذى يسود الطبيعة وأن جميع الحقائق الاجتماعية متصلة فيما بينها بموجب قوانين خالدة لا تتغير ، ولا مناص منها ، وهذه القوانين وهى قوانين العدالة ، والأخلاق ، والسلوك ، لا يصنعها الانسان ولا الحكومات . وهى قوانين بسيطة وبديهية تتمثل فى ثلاثة : الملكية ، الأمن ، الحرية ، راجع : تكوين العقل الجديث ؛ الجزء الأول ، جون هرمان راندال ، ترجمة جورج طعمة (١٩٦٥) ص ٤٨٩ وما بعدها .

وعلى المستوى القانونى ، يهدف المذهب الفـردى الى كفالة أكبر قدر من الحرية الفردية . فالأصل أن الانسان لا يلتزم الا بمقتضى ارادته الحرة الواعية والمدركة . لذلك كان مبدأ سلطان الارادة من المعـالم الرئيسية للمذهب الفـردى (١) . فالانسان هو سيد مصيره وما يقبله بارادته لابد أن يكون عادلا . وتكمل النظرية الفردية المبدأ السابق بمبدأ آخر مفاده أن العقد شريعة المتعاقدين ، فما دام الفـرد قد تعاقد بارادته الحرة وجب عليه أن يلتزم بمقتضى اتفاقه ، بحيث لا يجوز له أن ينقض ما تم من جانبه أو أن يعدله بارادته المنفردة .

كما يعتبر المذهب الفردى أن حرية التملك توأم للحرية الفـردية فالملكية حق مقـدس ، مصـون لا يمس ، بل ان بعض دعاة الفـردية يعتبرونها قمة تحقيق النظرية ، وأهم مظهر من مظاهر فلسفتها .

ثانيا : النظرية الاشتراكية :

١٩ ــ قام المذهب الفردى السابق الاشارة اليه على تقديس حرية الفـرد ومصالحه الخاصة ، وهو فى نظرته الى المصلحة العامة لم ير فيها سـوى مجموع المصالح الفـردية ، وانتهى بالتـالى الى أن حمـاية المصلحة العامة للمجتمع لن تتأتى الا عن طـريق توفير الحماية الكافيـة للمصالح الفردية كل على انفراد .

وقد اعتبر هـذا التصوير الأخير خطأ أساسيا فى المذهب الفردى . ذلك أن ظاهرة القانون لازمت ــ كما سبق القول ــ الانسان فى وضعه الاجتماعى ، أو بوصفه عضوا فى جماعة بشرية ، لذلك فحين ننظر لمصالح الفرد منعزلا عن غيره (٢) ، وحين نقدس الحرية الفردية مجردة ــ الى حد

---

(١) راجـع : روبييه ، المرجـع السـابق ، رقم ٢٦ ، ص ٢٣٥ ؛ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ١٦ ، ص ٣٢ .

(٢) راجع فى نقد المذهب الفردى ، أحمد سلامة ، المرجع السابق ، ص ٣٣ ؛ شمس الدين الوكيل ، المرجع السـابق ، رقم ٢٣٦ ص ٥٤ ؛ عبـد الحى حجازى ، المرجـع السـابق ، رقـم ٢٦٧ ، ٢٦٩ ص ٣٥٥ وما بعدها ؛ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ١٧ ، ص ٣٣ ، ٣٤ .

كبير — عن حريات الآخرين ومصالحهم فاننا نتجاهل مقتضيات التداخل والتضامن فى علاقات الناس ، ونهدد العدل كاطار لازم لتحقيق التقدم فى المجتمع • فقد أثبتت التجارب التاريخيـــة أن المذهب الفـــردى — رغم ما وضعه لنفسه من هدف تحقيق المساواة والعدل التبادلى — قد أدى فى الواقع الى تسلط وسيطرة أقلية من أصـــحاب رؤوس الأموال المستغلة ، وبصفة عامة الى تحكم الأقوياء فى الضعفاء (١) •

ذلك أن تقديس الحرية الفردية من الناحية القانونية ، دون الاهتمام بالعوامل الاقتصادية المؤثرة فى علاقات الأفراد ، يؤدى الى الاهدار الفعلى لما سعت اليه النظرية الفردية من أهداف • ولقد تعود الفقه على الاستعانة بنموذج لعلاقات العمل بين العامل ورب العمل لتوضيح مضمون النقد المشار اليـــه • فوفقا للنظرية الفـــردية يجب التركيز على الحرية الفردية ، وعلى مبدأ سلطان الارادة بين الطرفين ، كأساس لانشاء علاقة العمل ولتنظيمها وانهائها •• فكلاهما يتمتـــع ، قانونا ، بالحـــرية والمســـاواة فى علاقته بالآخر •• وبالتالى فالاتفاق على نوع العمل لذى يلتزم العـــامل بأدائه وعلى قدر الأجر الذى يلتزم رب العمل بدفعه ، يعتبر اتفاقا حرا وعادلا بين طرفين كل منهما ند للآخر • تلك حصيلة النظـــرية القانونية المجـــردة للعـــلاقة المشار اليها • غير أن التمعن فى الظـــروف الاقتصادية التى يتم الاتفاق فى ظلهـــا يؤدى حتما الى تغير النظـــرة فى تقييمه • ففى الحقيقة لا وجود للمساواة الفعلية فى علاقة رب العمل بالعامل • فالأول يتمتع ، بوصفه صاحب المشروع ، بقوة اقتصادية هائلة فى مواجهة الثانى ، المجرد من كل سلاح ، والذى لا يملك ســـوى جهد عمله ، سعيا وراء لقمـــة العيش (٢) •

وبالتالى فلا يمكن أن نقرر بسهولة أن المناقشة بينهما — حول الأجر والعمل — قد تمت فى ظل المساواة الفعلية الكافية ، وأن الاتفاق قد أبرم

(١) عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٩ •

(٢) راجع : أحمد سلامة ، المرجع السابق ، رقم ١٤ ، ص ٣٣ ؛ عبد المنعم البدراوى ، رقم ١٧ ، ص ٣٤ •

بما يحقق العدل من جانب العامل • وبناء على ذلك نخلص الى أن فكرة العــدل تختلف فى مفهومها النظرى المستند الى مجرد النصوص القانونية عن فكرة العدل كما توجبها ظروف انعدام التوازن الاقتصادى فى واقع العلاقات الاجتماعية •

واستنادا الى كل ما ســبق جاءت النظــرية الاجتماعية لتؤكد أن الصالح العام لا يعتبر بحال حصيلة جمع المصالح الفردية مأخوذ كل منها على انفراد ، بل ان هناك مصلحة عامة مستقلة ، تفرض وجودها فى مواجهة الصالح الفردى المستقل • بل لقد ذهب بعض أنصار النظرية الاجتماعية الى حد القول بعدم وجود « حقــوق شــخصية » يتمتع بها الأفراد فى المجتمع ، وأن ما قد يعطى للأفراد من مزايا أو قدرات ليس سوى وظائف اجتماعية يغلب فيها اعتبار الواجب على اعتبار الحق • وتطبيقا لذلك فان الملكية ـــ التى تعتبر وفقا للمذهب الفردى حقا كاملا ومقدسا يخــــول صاحبه كامل القدرة على التصرف والاستعمال والاستغلال ، بمـــا يشبع حاجاته الفردية ، تتحول ، فى ظل المذهب الاجتماعى ، الى مجرد وظيفـــة تفرض على صاحبها الالتزام بممارستها فى اطار تقيده فكرة النظام العام •

ويترتب على الأفكار الاشتراكية السابقة تغيير جــذرى فى النظرة الى دور الدولة والقانون ، فلم تعد الدولة فى ظل هـــذا المذهب مجــرد ادارة حارسة تقتصر على حماية حرية الأفراد فى ممارستهم لحقوقهم ودرء العدوان فيما بينهم ، بل تتجاوز ذلك لتتدخل ايجابيا فى الحياة الاجتماعية والاقتصادية •

والعدل لم يعد هدفا يترك تحقيقه للتحرك التلقائى لارادات الأفراد فى ظل حرية التصرف (العدل التبادلى) ، بل أصبح عدلا « توزيعيا »(١) تقوم الدولة على تحقيقه على ضوء اعتبارات الصالح العام ، وعلى ضوء ما قد يوجد بين الأفراد من تفاوت فى القدرات الاقتصادية •

---

(١) شمس الدين الوكيل ، المرجع الســابق ، رقم ٣٧ ، ص ٥٦ ؛ عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، رقم ٢٧٠ ، ص ٣٥٧ وما بعدها .

ويرتبط بهـذا المفهوم الجديد لدور الدولة اتساع دور القـانون بوصفه الأداة الرئيسية لتحقيق فلسفة المجتمع وأهدافه • ففى ظل المذهب الاشتراكى تقوم القاعدة القانونية بتحقيق الدور الايجابى للدولة سعيا وراء أهداف المجتمع فى مفهومها الجديد ، لذلك يتدخل القانون لفرض القيود المختلفة على حرية التملك وحرية استعمال حـق الملكية وحرية التصرف فيه ، كما يفرض على ارادات الأفراد عموما قيودا تخرج بها عن مجال الاطلاق المعيب الذى عرفته النظرية الفردية (مثل فرض التسعيرة الجبرية لمواد التموين ، الأجر المحدد فى عقود الايجار ، واخضاع عقـد العمل للتنظيم الآمر الذى لا يجوز مخالفته •••) •

موقف النظام المصرى من النظريتين (١) :

٢٠ — يمكن تقسيم المراحل التى مر بهـا النظام المصرى من حيث تأثره بالنظام الفردى أو النظـام الاشتراكى الى مرحلتين رئيسيتين ، فى المرحلة الأولى استند هذا النظام الى المذهب الفردى وان كان قد استجاب خلالها لبعض التأثيرات الاشتراكيـة ، وفى المرحلة الثانيـة انحاز نظامنا القانونى على نحو ملموس للنظرية الاشتراكية •

وتنحصر المرحلة الأولى فى فترة ما قبل ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ ، وتبدأ المرحلة الثانية مع قيام هذه الثورة •

مرحلة النظرية الفردية :

ويمكن تحديد بدايتها بصفة تقريبية بصدور التقنينات المختلفة فيما بين سنة ١٨٧٥ و ١٨٨٣ • حيث أبرزت هـذه التقنينات الملامح المميزة للنظام المصرى والتى كانت قاطعة فى تبنيها للمذهب الفردى ، ومنذ ذلك الحين تركز تأكيد التشريعات المتعددة والمتلاحقة على مبادىء الحـرية الفـردية ، كالحـرية الشخصية وحرية السكن وحرية العقيدة وحرية

---

(١) أحمد سلامة ، المرجع السابق ، رقم ١٧ ، ص ٣٦ وما بعدها ؛ شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، رقم ٤١ ، ص ٢٦٢ ؛ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ٢٠ ص ٣٧ .

الاجتماع وحرية التملك وحريتى التصرف والتعاقد ، وفقا لمبدأ السلطان الكامل للارادة الفردية •

وتقدم بداية هذه المرحلة صورة منتقدة لتطبيق المذهب الفـردى حيث تعاصرت مبادىء الفـردية الكاملة مـع أوضـاع شبه اقطاعية ومع تسلط قوى الاستعمار الأجنبى • وقد ترتب على حدوث هـــذا التعاصر فى بيئة متخلفة أن عاش المجتمع المصرى كثيرا من مشاكل تاريخه الحـديث •

بيد أن مصر لم تكن لتبقى بمعزل عن التيارات الفكرية التى بدأت فى الانتشار قبل الحرب العالمية الثانية وعلى أثرها • فقد بدأت الأفكار الاشتراكية تنتشر فى العـالم وتحتل مكانا هاما فى الفكر الحديث •

وتحت تأثير هـذه الأفكار ودعاتها بدأ المشرع المصرى يخفف من تطرف النظرية الفـردية ، فصدرت تشريعات متعددة تحد من مبدأ الحرية المطلقة فى التعاقد ، خاصة فى مجال علاقات العمل ، حيث فرض المشرع على أرباب العمل واجب تقـديم خدمات صـحية واجتماعية للعمال وواجب احترام الحق فى الاضراب ، وتعويض العامل عما يلحقه من أضرار أثنـاء آداء العمـل ، الى غير ذلك من التشريعات التى تساهم فى تحقيق جزئى لمبدأ التضامن الاجتماعى (التسعيرة الجبرية لبعض السلع ••• وتنظيم علاقة المؤجر والمستأجر ••) •

وقد تأكد هـذا التطور بصدور القانون المدنى (قانون ١١٣ لسنة ١٩٤٨ والذى بدأ العمل به فى ١٥ آكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فقد جاءت بعض نصوص هذا القانون متأثرة بالنزعة الاشتراكية فى تنظيمها لبعض العلاقات الاجتماعية والاقتصادية • وقد أشارت الى هـــذا التجديد المذكـرة الايضاحية للقـانون المدنى حيث جاء فيها أن المشروع (مشروع القانون المدنى) لا يقدس حرية الفرد الى حد أن يضـحى من أجلهـا بمصلحة الجماعة ، ولا يجعل من سلطان الارادة المحـور الذى تدور حوله كل الروابط القانونية ، بل يوفق ما بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة ، ثم هو بين الفرد والفـرد لا يترك القـوى يصرع الضعيف بدعوى وجوب

احترام الشخصية ، فليس الفرد حـرا فى أن يتخذ مما هيـأته له النظم الاجتماعية والاقتصادية من قوة تكئـه ليتعسف ويتحكم ، لذلك يقف المشروع الى جانب الضعيف ليحميه كما فعل فى عقـود الاذعان (التى تفرضها شركات الاحتكار) عندما جعل تفسير ما تشتمل عليه من شروط تعسفية محلا لتقـدير القـاضى ، وكما فعـل فى النصـوص الخاصة بالاستغلال عندما أوجب على القاضى أن يتدخل لنصرة المتعاقد اذا استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه . وكما فعل فى حمـاية العامل عندما أحاط عقد العمل بسلسلة من الضـمانات تدرأ عنه تعسف رب العمل ، وهو الى جانب كل هذا وقبل كل هذا يضع مبدأ عاما ينهى فيه عن التعسف فى استعمال الحق » .

لا شبهة فى أن ما أورده القـانون المدنى يعـد تقـدما نسبيا من الناحية الاجتماعية ، غير أنه ما زال بعيدا عن الثـورة الاجتماعية الكاملة التى تؤمن بها النظرية الاشتراكية ، فالتطبيقات المشار اليها ليست أكثر من « مجاراة لنزعات العصر » على حد تعبير المذكرة الايضاحية ذاتها ، مجاراة لـما أخذت بل كثـير من التشريعات الأوروبية فى دول بعضـها يمثل النظام الفردى فى أقوى صوره . لذلك لم يكن فى ذلك النذر القليل ما يحقق مطامع الطبقات والفئات التى تسعى الى ثورة اشتراكية متطورة.

مرحلة النظام الاشتراكى :

تبدأ هذه المرحلة بقيام الثورة سنة ١٩٥٢ ، فقد أعلنت هذه الثورة ايمانها بمبادىء العدالة والمساواة ، ولم تقتصر على تأكيد هذه المبادىء من الناحية النظرية فحسب بل اتبعت ذلك باجراءات عملية كان أولهـا وأهمها صـدور قانون الاصلاح الزراعى الأول فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ الذى قضى بألا تتجاوز ملكية الفرد من الأراضى الزراعية مائتى فدان ، عدلت فيما بعد الى مائة فدان (قوانين يوليو سنة ١٩٦١) ، على أن يطبق هـذا الحـد الأقصى على مجمـوع ما تملكه الأسرة (الزوج والزوجة وأولادهما القصر) . كمـا نظـم المشرع علاقة مالك الأرض الزراعية

بمستأجريها على نحو يكفل حماية المستأجر من تعسف المالك ، كما سمح لعمال الزراعة بالانخراط فى نقابات خاصة بهم ، ووضع حدا أدنى لأجر العمال الزراعيين ، ثم توالت التشريعات منذ ذلك الحين متجهة جميعها نحو تحقيق ما سمى سيطرة قوى الشعب على مصادر الثروة ، والى اعادة توزيعها بين أفراد المجتمع .

فى ٢٥ يونيو سنة ١٩٦٢ حاول القائمون على الثورة بلورة فلسفة هذه الجهود وحدودها حيث أعلن « المؤتمر الوطنى القومى للقوى الشعبية » ميثاقا للعمل الوطنى (١) ليكون - على حد قول واضعيه - « طريقا للثورة ودليلا للعمل من أجل المستقبل » . وقد أكد الميثاق حتمية الحل الاشتراكى وضرورة قيام الاشتراكية على أساس كفاية الانتاج وعدالة التوزيع ، وقد اعتبر هذا الميثاق دليلا للعمل الشعبى والحكومى بحيث تلتزم به جميع تنظيمات وسلطات الدولة .

ثم أعلن بيان ٣٠ مارس (٢) سنة ١٩٦٨ ليعيد التأكيد على ضرورة حماية المكاسب الاشتراكية وتدعيمها ، وليوضح الصلة الوثيقة بين الحرية الاجتماعية والحرية السياسية ، وأن العمل هو المعيار الوحيد للقيمة الانسانية . كما نص على ضرورة وضع الضمانات الكافية لحماية الملكية العامة والملكية التعاونية والملكية الخاصة ، مع بيان حدود كل منها ودوره الاجتماعى ، كما أوصى البيان بانشاء محكمة دستورية عليا يكون لها الحق فى تقرير دستورية القوانين وتطابقها مع الميثاق ومع الدستور . وتمشيا مع هذه المبادىء صدر فى ٢٥ يوليو ١٩٦٩ قانون جديد يحدد الملكية الزراعية بخمسين فدانا كحد أقصى للفرد الواحد ، كما صدر فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٦٩ قانون بانشاء المحكمة العليا التى أشار اليها بيان ٣٠ مارس .

ثم صدر الدستور الدائم سنة ١٩٧١ ينص على ضرورة انشاء محكمة دستورية عليا تتولى الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح .

---

(١) ، (٢) يلاحظ ان هذه المواثيق لم تكن ذات قيمة من الناحية العلمية وغلب على اعلانها طابع الدعاية السياسية .

الفصل الثانى

أساس القانون

القانون ظاهرة اجتماعية ، فهو يستهدف تنظيم الجماعة الانسانيه وما ينشأ بين أفرادها من علاقات متعــددة . لذلك يتأثر القانون بكافة العوامل المؤثرة فى المجتمع الانسانى . فهو يتأثر بالعــوامل الاجتماعية والاقتصــادية والسياسية والجغرافية ، فلابد أن يتجاوب القــانون مع مقتضيات هــذه العوامل جميعا ، حتى يبدو متفقا مع الواقع ومستجيبا لتطوراته .

غير أننا ، فى مقام البحث عن أساس القانون ، لا نقصد مصــدر القانون بالمعنى السابق ، بل نهدف الى تحديد أساس يبرر وجود القاعدة القانونية من الناحية الفلسفية ، لمــاذا تتمتع القاعدة القــانونية بعنصر الجبر الذى يجعلها ملزمة لأفراد الجماعة ؟ فهل تتمتع القاعدة القانونية بعنصر الالزام لأنها تعبر عن ارادة السلطة الشارعة فى المجتمع ؟ أم أن مرد ذلك هو أن القاعدة تتطابق مع مجموعة من المثل العليا للعدل ؟

باستعراض المذاهب المختلفة ، التى قيل بهــا فى أساس القــانون نستطيع ردها الى اتجاهات ثلاثة ، يمثل الأول منها الاتجاه المثالى ، ويعبر الثانى عن اتجاه واقعى ، أما الثالث فقــد بحث عن أساس القــانون فى تعاليم كل من الاتجاهين السابقين ، بأن أخذ من كل منهما بقدر ، لذلك سمى بالمذهب المختلط (١) أو التعادلى (٢) .

---

(١) راجع : محمود جمال الدين زكى ، دروس فى مقدمة الدراسات القانونية (١٩٦٤) ص ٦٦ .

(٢) راجع : جلال العدوى ومصطفى الجمال ، النظرية العامة للقانون (١٩٧٥) ص ١٤٠ .



المبحث الأول

مدرسة القانون الطبيعى

٢١ — يسعى الانسان منذ أقدم عصوره الى تحقيق العدل فى صورة مثالية تسمو على قواعد القانون الموضوع بارادة البشر ، وقد تبلورت المحاولات الفلسفية لتحـديد مضمون العـدل المثالى فى أفكار مذهب القانون الطبيعى •

فكرة القانون الطبيعى عند الاغريق :

٢٢ — نشأت فكرة القانون الطبيعى فى العصور القديمة عند الاغريق فقد ارتبط عندهم القانون بالدين ارتباطا أساسيا ، واعتبر العدل من أهم مبادىء الأخلاق الدينية • وقد أعطى الفيلسوف أرسطو فكرة العـدل اهتماما بالغا حيث اعتبرها الأساس الذى تقوم عليه القوانين وتستمد منه بالتالى قوتها الملزمة ، ويفرق هذا الفيلسوف بين ما أسماه العدل التوزيعى والعدل التبادلى •

فالعدل التوزيعى يرتب علاقات الأفراد بالمجتمع ، فى صدد توزيع المغانم والأعباء ، ومن مقتضاه يتعين توزيع تلك المغانم والمكنات فى المجتمع على الأفراد وفقا لقدراتهم وملكاتهم ، بحيث يتحقق تناسب بين القدرات والملكات وبين ما يحصل عليه الفرد • ومفاد هـذه الفكرة السابقة أن العدل لا يقتضى المسـاواة الحسابية بين الجميع ، فالمتساوون يجب أن يعاملوا بطريقة متساوية ، وغير المتساوين يجب أن يعاملوا بطريقة غير متساوية • بمعنى أن من غير العـدل أن نطبق المسـاواة بين أفراد غير متساويين فى قدراتهم ومكناتهم (الاسراف فى تطبيق العدالة يؤدى الى الظلم) غير أن أرسطو لم يحدد المعايير التى يتم التوزيع وفقا لها واكتفى بالقول بأن المعيار لابد أن يكون معقولا Rationnel (١) •

---

(١) راجع : ميشيل فيلى Michel Villey دروس فى تاريخ فلسفة القانون (باريس ١٩٦٢) ص ٢٨ ، وراجع دى باسكييه C. Du. Pasquier مقـدمة النظرية العـامة للقـانون وفلسفته (باريس ١٩٦٧) ص ٢١٤ ـ

أما العدل التبادلى فيرتب العلاقات فيما بين أفراد المجتمع فى شأن ما يجرى بينهم من معاملات ، ويقتضى هذا العدل احداث التوازن فى تلك المعاملات . بحيث يتساوى قدر الأداء الذى يقدمه فرد مع قدر الأداء الذى يحصل عليه ، ففى نطاق هذه المعاملات ، ووفقا لهذا العدل التبادلى، لابد أن تتحقق المساواة الحسابية بين الأفراد . ولكن أرسطو يحد من المساواة الحسابية عن طريق ارادة الفرد الحرة ، خاصة حين تتحقق فى اطار العقد.فالعقد هو أهم وسائل تحقيق النشاط فى المجتمع ، والفرد العاقل ، حين يبرم عقدا ، فانه يحقق بواسطته العدل لنفسه ، لأن العقد ظاهرة ارادية ولأن أحدا لا يرضى لنفسه الظلم بارادته . وبالتالى فحين يتبرع الفرد ببعض ماله بغير مقابل ، أو حين يعطى الكثير مقابل القليل بارادته الحرة ، فان ميزان العدل لا يختل ، بل يظل قائما ، ذلك لأن الظلم لايتحقق الا اذا فرض فرضا على ارادتنا (١) .

وأخيرا يشير أرسطو الى دور القاضى الذى يعتبره مصدرا لما يسميه بالعدل التصحيحى (٢) أو العدل التعويضى (٣) فهو يقوم بتصحيح

وما بعدها ، ف. كاستبرج F. Castberg فلسفة القانون (باريس ١٩٧٠) ص ٨٩ وما بعدها ، ديلفيكيو G. Del. Vecchio ، دروس فى فلسفة القانون (باريس١٩٣٦) ص ٢١ وما بعدها فردمان Friedmann النظرية العامة للقانون (١٩٦٥) ص ٤٥ وما بعدها .

توفيق فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، (١٩٧٦) ، ص ٩٤ ومابعدها. جلال العدوى ومصطفى الجمال ، النظرية العامة للقانون (١٩٧٥) ص ١٠٤ وما بعدها ، حسن كيره ، المدخل الى القانون (١٩٦٠) ، ص ٩٧ ومابعدها : سليمان مرقص ، محاضرات فى فلسفة القانون (على الآلة الناسخة سنة ١٩٧١) ، سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون (١٩٧٤) ، ص ١٣٠ وما بعدها : شمس الوكيل ، النظرية العامة للقانون ١٩٦٤ ، ص ١٣٤ ، وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى ، المدخل لدراسة القانون (١٩٧٦) ص ٢٢٧ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكى، دروس فى مقدمة الدراسة القانونية ١٩٦٤ ، ص ٤٨ وما بعدها ؛ منصور مصطفى منصور ، دروس فى المدخل لدراسة العلوم القانونية (١٩٧٢) ص ١٦٣ وما بعدها .

(١) راجع : سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون (١٩٧٤) ص ١٤٢ وما بعدها رقم ٥٢ .

(٢) راجع : عبد الحى حجازى ، المرجع السابق رقم ١٠٠ ص١٣٧ .

(٣) راجع : محمد بدر ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ ؛ عادل العوا ، المذاهب الأخلاقية (١٩٥٨ دمشق) ص ١٠٣ .

الوضع بين الظالم والمظلوم ، سواء فى المعاملات الارادية كالبيع والشراء أو فى صدد الأحداث غير الارادية كالسرقة والاعتداء . وهنا يدعو أرسطو القاضى أن يكون منصفا ، وهو ما يقتضى منه ألا يتمسك بحرفية القانون فى جميع الأحوال ، بل عليه من ناحية أن يراعى الظروف المتنوعة من حالة الىأخرى ، وأن يأخذ ، منناحية أخرى ، بروح القانون[1] فقد لا يواجه القانون فرضا معينا (حالة النقص فى التشريع) وفى هذه الحالة ، على القاضى أن يحكم وفقا لمقتضى العدل . كما أن القانون ، بحكم ما يتميز به من عمومية وتجريد ، لا يحيط ، دائما ، بكافة ظروف الواقع المحتملة ، لذلك ، يكون من الانصاف أن يراعى القاضى روح القانون فى كل حالة على حدة — فالانصاف نوع من العـدالة أسمى من عدالة القانون — « بحيث يصبح القانون كمسطرة قياس رخوة تنثنى بشكل الحجر الذى نقيسه ولا تبقى البتة جامدة » [2] .

القانون الطبيعى عند الرومان :

٢٣ — انتقلت فكرة القانون الطبيعى الى روما ، ولكنها اتخذت طابعا قانونيا الى جانب مضمونها الفلسفى ، بسبب اهتمام الفقهاء الرومان بخلق بناء قانونى متكامل من الناحية الفنية [3] وقد ميز الفقه الرومانى بين ثلاثة مجموعات من القواعد القانونية : قواعد القانون الطبيعى [4] قواعد القانون المدنى [5] ، قواعد قانون الشعوب [6] . فالقانونالطبيعى ، كما عرفه الفقيه شيشرون [7] هو قانون مطابق للعقـل السليم متفق مع الطبيعة ، معلوم للجميع ، ثابت على وجه الدوام ؛ يعتبر القانون الحقيقى

---

(١) راجع : سليمان مرقص ، المرجع السابق ص ٥٤ ، ٥٥ ؛ سمير تناغو ، المرجع السابق رقم ٥٥ ص ١٥١ ؛ عادل العـوا ، المرجع السابق ١٠٢ ، ١٠٣ .

(٢) عادل العوا ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ .

(٣) عادل العوا ، المرجع السابق

(٤) Jus Naturale

(٥) Jus Civil,

(٦) Jus Gentum.

(٧) Ciceron الذى عاش فيما بين سنتى ١٠٦ — ٤٣ قبل الميلاد .

الذى لا يتغير من روما الى أثينا ، ولا من اليوم الى الغد [١] • ويضيف الفقيه البيان [٢] بعدا أكثر شمولا للقانون الطبيعى ، فيقرر أن قواعده ... عن الطبيعة ذاتها سواء تمثلت فى دوافع الحيوان أو دوافع الانسان ولكنها عند الانسان أكثر تطورا [٣] ويعتبر القانون الطبيعى ، بالمعانى السابقة ، المعيار الأكثر شمولا للقواعد القانونية التى يتعين أن تسير عليها الجماعة ، حيث تنبثق منه المبادىء العامة والأساسية ، مثل مبدأ حرية الانسان ومبدأ المساواة بين البشر ، ومبدأ تحريم الرق •

والقانون المدنى وهو مجموعة القواعد الوضعية التى تنظم علاقات المواطنين (الرومان) فيما بينهم • وقد نشأت هـذه القواعد عن طريق تطور العرف والتقاليد المتوارثة ، وتميزت بالشكلية المعقدة والمتطرفة ، وقد عمد القضاة الرومان الى تطوير القانون المدنى استنادا الى قواعد القانون الطبيعى ، فحين كان القاضى يعترف بمخالفة قاعدة معينة لمبدأ من مبادىء القانون الطبيعى ، فانه كان يعمد الى تطويعها أو تعديلها لتتفق مع تلك المبادىء ، وقد تمتع القضاء الرومانى ، فى هذا الصدد ، بمرونة كافية [٤] • وقد انعكست هـذه المرونة فى تعريف القضاء بأنه فن ايجاد الحل الخير والعادل [٥] •

٢٤ ــ أما قانون الشعوب فيتضمن مجموعة القواعد التى نشأت لحكم العلاقات فيما بين الأجانب أو فيما بين الأجانب والمواطنين الرومان •

---

(١) الترجمة عن : محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق رقم ٢١ ، ص ٤٩ ، ٥٠ ، وراجـع : سليمان مرقص ، محاضراته السـابقة ، ص ٦٩ ، ١٠ : وراجع كاستنبرج ، المرجع السابق ص ٩١ .

(٢) Ulpien ، وراجع تعريف الفقيه بول Paul الذى يعتقد فى وجود قانون ثابت وسابق على القوانين الوضعية ، غير قابل للتغير ، وليس من صنع الانسان . بل تفرضه الطبيعة ذاتها ، ويمليه العقـل المثقف مع نظام الأشياء ، عن محمود جمال الدين زكى الموضع السابق وراجع سليمان مرقص ، محاضراته السابقة ص ٧٠ •

(٣) راجع : ديلفيكيو ، المرجع السابق ، ص ٤٧ .

(٤) راجع : ديلفيكيو ، المرجع السابق .

(٥) راجع : ديلفيكيو ، المرجع السـابق ، ص ٤٢ ، كاستنبرج السابق ، ص ٩٢ .

ففى سنة ٢٤٢ قبل الميلاد أنشئت فى روما وظيفة بريتور الأجانب للبت فى المنازعات التى تقوم بين الأجانب ، أو التى تقوم بين أجنبى وأحد المواطنين ، ولم يتقيد البريتور المذكور بقواعد القانون المدنى ، بل استعان بالأعراف الدولية وببعض قواعد القوانين الأجنبية ، ومن مجموعة الاجراءات والقواعد التى اختارها تكون ما يسمى بقانون الشعوب ، متسما بقدر كبير من المرونة والبعد عن الشكلية • ومع وجود قانون الشعوب ظهر الازدواج فى النظام الرومانى ، وظهرت المقابلة بين القانون المدنى وقانون الشعوب (١) •

غير أن الفقه الرومانى لم يقف عند حد الكشف عن مغايرة قانون الشعوب للقانون المدنى ، بل اتجه الى اعتبار قواعده معبرة عن المقتضيات الملحة والمشتركة لكافة الشعوب ، كما بدأ الفقه فى النظر الى بساطة قواعد ذلك القانون بوصفها تعبير عن قواعد القانون الطبيعى التى يوحى بها العقل ، ومن هنا اتخذ قانون الشعوب طابعا فلسفيا ، الى جانب طابعه العملى (٢) وليد تجربة بريتور الأجانب •

ومع ذلك ، فان الطابع الفلسفى الذى أسبغ على قانون الشعوب لا يجوز أن يؤدى الى الخلط بينه وبين القانون الطبيعى • فالأول خلق رومانى بحت ، ترتب على نظام الفصل فى المنازعات ذات الطرف الأجنبى ، فى حين أن الثانى بناء فلسفى ، انتقل الى الرومان عن طريق الفلسفة اليونانية ، وليس أدل على الخلاف الجوهرى بين كل من القانونين ، من موقف كل منهما من نظام الرق ، فالقانون الطبيعى لا يقر نظام الرق ، بحسبانه مخالفا لمبدأ حرية الانسان ، فى حين كان قانون الشعوب يعترف بذلك النظام ، نزولا على مقتضى قيامه لدى كثير من الشعوب

---

(١) راجع : صوفى أبو طالب ، مبادىء تاريخ القانون ، الجزء الثانى (١٩٧١) ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ .

(٢) راجع : ديلفيكيو ، المرجع السابق ، ص ٤٢ ، ٤٣ ، سليمان مرقص ، محاضراته السابقة ص ٧٠ وما بعدها .

الأجنبية (١) و (٢) .

القانون الطبيعى فى القرون الوسطى :

٢٥ — اهتم فقهاء الكنيسة المسيحية بنظرية القانون الطبيعى من خلال اهتمامهم بمشكلات العلاقة بين الكنيسة والدولة والقانون . فقد ثار جدل هام حول مدى سلطة الدولة فى مواجهة الدين ، من ناحية ، وفى مواجهة الفرد من ناحية أخرى . وقد تمسك رجال الكنيسة بنظرية القانون الطبيعى لحل المشكلات المشار اليها ، ولكنهم أسبغوا على النظرية طابعا دينيا ، وذلك كبديل للطابع العقلى الذى نادى به أرسطو . فقد نادى القديس أغسطينوس (٣) ، فيما يتعلق بعلاقة الدولة بالكنيسة ، بخضوع المجتمع البشرى (المدينة الأرضية) للمدينة السماوية ، أى للكنيسة ، ذلك أن وجود الأولى لا يبرره الا أن تكون وسيلة لتحقيق هدف الثانية (الكنيسة) ، وهو خلاص النفوس والوصول الى المدينة السماوية ، حيث يكون الملك لله وحده » (٤) .

أما فيما يتعلق بفكرة القانون فقد تمسك الفقهاء الأول للكنيسة بالقانون الطبيعى بوصفه قانونا سماويا ، مثلا للعدل الأسمى بين البشر . وقالوا بدء من هذه الفكرة ، بأن القانون الطبيعى هو القانون الذى وضعه الخالق لعلاقات الناس منذ الأزل ... لأن الله سبحانه وتعالى عالم بأن

---

(١) ديلفيكيو ، الوضع السابق ؛ راجع : توفيق فرج ، المرجع السابق ، رقم ٥٣ وما بعدها .

(٢) انتهت مشاكل الازدواج بين القانون المدنى وقانون الشعوب سنة ٢١٢ ميلادية حين منحت الجنسية الرومانية لكل سكان الامبراطورية الرومانية ، وبالتالى انتهت التفرقة بين الوطنى والأجنبى ، أما الشخص الذى ينتمى الى دولة غير داخلة فى نطاق الامبراطورية فلم يعد يتمتع بأية حماية قانونية داخل الامبراطورية ، اى انه لم يعد يدخل حتى فى مدلول كلمة أجنبى : صوفى أبو طالب ، المرجع السابق ص ٢٣٨ .

(٣) Sait Augustin الذى عاش فيما بين سنتى ٣٥٤ — ٤٣٠ ميلادية .

(٤) سليمان مرقص ، محاضراته السابقة ، ص ٧٧ ؛ ديلفيكيو ، المرجع السابق ، ص ٤٤ وما بعدها ؛ فردمان ، المرجع السابق ، ص ٥٥ وما بعدها ؛ كاستبرج ، المرجع السابق ، ص ٩٢ و ٩٣ .

حال الانسان لا يستقيم الا اذا سار وفقا لبعض مبادىء القانون الطبيعى الأولية على الأقل (١) •

غير أن فكرة القانون الطبيعى لم تبلغ أوج تطورها فى القرون الوسطى الا فى منتصف القرن الثالث عشر ، على يد القديس توما الأكوينى (٢) وقد ميز توما الأكوينى بين ثلاثة أنواع من القوانين : القانون الالهى (٣) والقانون الطبيعى (٤) والقانون الوضعى (٥) و (٦) •

ويعبر القانون الالهى عن ارادة الخالق ، ويتم ادراكه عن طريق الوحى والشعور ، كما يمكن ادراكه عن طريق العقل البشرى •

أما القانون الطبيعى فهو انعكاس لبعض قواعد القانون الالهى ، فهو يمثل ما يتم ادراكه من هذا الأخير عن طريق العقل • ويدفع العقل الانسانى الى ادراك تلك القواعد بتوجيهه الى البحث عن هدف حياته الذى يتمثل فى الوصول الى كمال الانسان ، باعتبار ذلك الكمال غاية مثالية للفرد • غير أن هذا الهدف لا يمكن ادراكه ، بدوره ، على المستوى الفردى ، الا اذا تحقق على المستوى الجماعى ، وبالتالى تصب غاية الانسان الفردية فى بوتقة الخير العام (٧) •

٢٦ — أما بالنسبة للقانون الوضعى فانه يتضمن القواعد التى يضعها الانسان ، ويتعين أن تتفق هذه القواعد ، وفقا لتوما الأكوينى ، مع

---

(١) سليمان مرقص ، محاضراته السابقة ، ص ٨٠ .

(٢) Saint Thomas d'Aguin الذى عاش فيما بين سنتى ١٢٢٥ ، ١٢٧٤ قبل الميلاد ويعتبر توما الاكوينى أبرز فلاسفة الفلسفة المدرسية Scolastique التى نادى انصارها بالأخذ بفلسفة ارسطو مع تطويرها بما يتفق مع مبادىء الدين المسيحى .

(٣) Lex aeterna

(٤) Lex naturalis

(٥) Lex humana

(٦) راجع : ديلفيكيو ، المرجع السابق ، ص ٤٨ .

(٧) دى باسكييه ، المرجع السابق ، ص ٢١٨ .

القانون الطبيعى أى أن تتفق مع ما يقتضيه العقل • بل ان القانون الوضعى يستمد شرعيته من تطابق قواعده مع القانون الطبيعى الخالد (١) • فاذا ما خالف قانون وضعى معين القانون الطبيعى فانه يعد قانونا غير عادل(٢)• ومع ذلك فان على الأفراد واجب احترام القانون غير العادل ، نظرا لصدوره عن السلطة التشريعية المختصة ، نزولا على مقتضى المصلحة العامة ، التى تفرضها اعتبارات الأمن وسيادة القانون • ولا يعتبر هذا الوضع الأخير مخالفا للقانون الطبيعى ، بل العكس هو الصحيح ، لأننا لا نحترم القانون غير العادل الا لأن القانون الطبيعى يقتضى التضحية بالمصلحة الخاصة من أجل المصلحة العامة (٣) • ومع ذلك فيبدو من كتابات توما الأكوينى ، أن القانون ، الصادر عن السلطة الشرعية ، يفقد قوته الملزمة اذا خالف العقل بطريقة صارخة وغير مشكوك فيها (٤) •

يلاحظ ، مما سبق عرضه ، أن النظريات الفلسفية الرئيسية قد غالت ، فى العصور الوسطى ، فى اخضاع الدولة للكنيسة • وقد ترتب على ذلك رد فعل عكسى يدعو الى وجوب تمتع الدولة بالاستقلال الكامل فى مواجهة الكنيسة • ومن أشهر فلاسفة هذا الاتجاه مراسيل دى بادو (٥) الذى ركز على أهمية استقلال الأمير (الحاكم) وعلى ممارسته لاختصاصاته كاملة على اقليم امارته • غير أن الفقيه المذكور نادى أيضا بمبدأ اعتبار الشعب مصدرا لكل السلطة ، فالحكومة مفوضة

---

(١) كاستبرج ، المرجع السابق ، ص ٩٣ .
(٢) كاستبرج ، الموضع السابق .
(٣) سليمان مرقص ، محاضراته السابقة ، ص ٨٦ .
(٤) كاستبرج ، الموضع السابق ، يلاحظ أن توما الاكوينى قد احتفظ ، فى فلسفته ، بالطابع الدينى للدولة ، فالدولة تخضع للكنيسة وتستمد منها سلطانها ، وقد رتب توما الاكوينى على منطقه السابق ، اختصاص البابا بتولية الملوك والأمراء وعزلهم ، وانالمعيار ، فى كل ذلك ، هو الالتزام بتعاليم الكنيسة من عدمه ، راجع : سليمان مرقص ، محاضراته السابقة ، ص ٨٣ ، ٨٤ ؛ ديلفيكيو ، المرجع السابق ، ص ٤٨ ، ٤٩ .
(٥) Marsile de Padoue الذى عاش فيما بين سنتى ٢٧٠ — ٣٤٢ ميلادية .

من قبل الشعب ، وهي لا توجد أصـلا الا بموافقة (١) وبالتالى يلتزم الأمير ، فى مواجهة شعبه ، باحترام القانون . ويتعرض الأمير للمساءلة اذا خالف مقتضى الالتزام السابق . وبدء من هذه الفكرة وضع مارسيل دى بادو البذور الأولى لنظرية العقد الاجتماعى التى تم تطويرها فيما بعد على يد فلاسفة العصر الحديث (٢) . ومن مقتضى فكرة العقد الاجتماعى أن الانسان انتقل ، فى وقت ما ، من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم . وفى العهـد الأول لم يكن الانسان يخضع لقانون أو نظام أو حكومة . وقد انتقل الانسان من العهد الأول الى العهد الثانى ، وهو عهد المجتمع المنظم ، بمقتضى عقد اجتماعى يتضمن شقين : الشق الأول ينظم علاقات الأفراد فيما بينهم ، وبمقتضاه يلزم كل فرد باحترام حقوق الآخرين ، والشق الثانى ينظم علاقة الأفراد بالسلطة الحاكمة التى يختارونها (٣) .

القانون الطبيعى خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر :

٢٧ ــ سيطرت الكنيسـة على مقـدرات العصور الوسطى بحيث اصطبغت فكرتى الدولة والقانون بالطابع الدينى . فالدولة والقـانون

---

(١) فردمان ، المرجع السابق ، ص ٧٠ .

(٢) ديلفيكيو المرجع السابق ، ص ٥٢ . يلاحظ أن مبدأ استقلال الدولة عن الكنيسة قد تطور ابان القرن السادس‌عشر عند بعض الفلاسفة ــ نحو مفهوم استبدادى ، فقـد نادى ميكيافللى Machiavel (ايطاليا ١٤٦٩ ــ ١٥٢٨) بخضوع الشعب لارادة الأمير ، ولا يخضع هذا الأخير لأية مبادىء دينية أو أخلاقية ، ويجـوز له أن يدعم سلطاته بأية وسيلة (القوة ، الحيلة ، الخداع) ، ذلك أن الغـاية تبرر الوسيلة . أما بودان Bodin (فرنسا ١٥٣٠ ــ ١٥٩٦) فقـد نادى بدوره بالسلطة المطلقـة والمؤبدة للحاكم ، وهو مصدر القانون الذى يخضع له الرعية (ولا يخضع له الحاكم) راجع : دى باسكييه المرجع السابق ، ص ٢٢٠ ؛ ديلفيكيو ، المرجع السـابق ، ص ٧٥ وما بعدها ؛ « حسن كيرة ، المدخل ، رقم ٥٥ ص ١٠١ و ١٠٢ » .

(٣) فردمان ، الموضع السابق .

ليسا ســوى التعبير المباشر عن ارادة الخالق [١] • ومع ذلك فان الأمر لم يخلو من الصراع ، خاصة فى نهاية ذلك العصر ، فقد حاول الأباطرة والملوك فى أوربا انتزاع استقلالهم فى مواجهة سلطة الكنيسة • وقـد وجدنا ، فى القرن السادس عشر ، نظريات تدعو الى ذلك الاستقلال ، بل وتتطرف فى تمكين استبداد سلطة الحاكم •

وقد ظهر ، ابان الانتقال من العصر الاقطاعى الى عصر الرأسمالية الناشئة — وفى خضم ذلك الصراع بين أنصار الكنيسة وأنصار استقلال الدولة — اتجاه جديد يمكن اعتباره اتجاها ثوريا ، بالنسبة لأفكار ذلك العصر ، يدعو الى تطوير نظرية القانون الطبيعى بما يدعم ، من ناحية ، اضفاء الطابع العلمانى على الدولة ، ويؤكد ، من ناحية أخرى ، حقوق الفرد فى مواجهة الدولة ذاتها • وقد تبنت هذه الأفكار الجديدة الطبقة البرجوازية التى أمسكت بزمام النظام الرأسمالى الوليد فى مطلع القرن السابع عشر •

ونزولا على هذا المعنى الجديد تطورت فكرة القانون الطبيعى فى اتجاهين رئيسيين :

٢٨ — الاتجاه الأول : ويبرز الطابع العقلى لفكرة القانون الطبيعى ، مع التركيز على تجريد الفكرة من صيغتها الدينية السابقة • فالعقل هو مصدر ذلك القانون ، وأى انسان ، أيا ما كانت ديانته ، يستطيع ، بحكم خصوبة عقله ، أن يهتدى الى قواعده التى لا تختلف من زمن الى زمن أو من مكان الى مكان •

٢٩ — الاتجاه الثانى : يمثل تطويرا لفكرة العقد الاجتماعى كمحدد لسلطة الدولة فى مواجهة مواطنيها • وبمقتضى تلك الفكرة يولد الأفراد

---

(١) نظرية الدولة والقانون Radamir Lukic ترجمة Marc G. Jidara (داللوز ١٩٧٤) رقم ٣٦ ص ١٦٥ وما بعدها ؛ وراجع : توفيق فرج المرجع السابق ، رقم ٥٧ ، ص ٩٩ وما بعدها ؛ حسن كيرة ، المدخل ، رقم ٥٧ ، ص ١٠٤ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ •

متمتعين بحقوق طبيعية ، والدولة هى مؤسسة تستهدف بصفة أساسية حماية تلك الحقوق • ويفترض فقه العقد الاجتماعى أن انتقال الأفراد من حالة الطبيعة البدائية غير المنظمة الى حالة الدولة قد تم بمقتضى اتفاق تنازل بموجبه الأفراد عن جزء من حقوقهم فى مقابل أن تضمن لهم الدولة التمتع الحر والكامل بحقوقهم الأخرى • ويترتب على هـذا المنطق أن تصبح الدولة من خلق ارادة الأفراد ، ويصبح لهم حق تعديل نظامها بما يتفق مع مصالحهم •

وكان أبرز الفلاسفة الذين طوروا فكرة القانون الطبيعى فى العصر الحديث جروسيوس [١] وهوبز[٢] ولوك [٣] وجان جاك روسو[٤] •

غير أن فلاسفة العقد الاجتماعى لم يتفقوا فى تفصيلات تنظيم علاقة الحاكم بالمحكومين ، فمنهم من اتجه الى تدعيم سلطان الحاكم ، وذلك بحرمان المحكومين من حق رقابة الحـكومة ، أو مساءلتها ، بل وفرض عليهم واجب طاعة القانون حتى ولو كان مجافيا للعـدل (جروسيوس) وهو أمر جـد خطير ، اذ ينتهى الى نزعة استبدادية ، لا تتفق مع فكرة العقد الاجتماعى [٥] •

---

(١) Grotius فيلسوف هولندى عاش فيما بين سنتى ١٥٨٣ — ١٦٤٥ .

(٢) Hobbes فيلسوف انجليزى عاش فيما بين سنتى ١٥٨٨ — ١٦٧٩ .

(٣) Locke فيلسوف انجليزى عاش فيما بين سنتين ١٦٣٢ — ١٧٠٤ .

(٤) J.J. Rousseau فيلسوف فرنسى عاش فيما بين سنتى ١٧١٢ — ١٧٨٠ .

(٥) راجع : فردمان ، المرجع السابق ، ص ٧١ ، ٧٢ ؛ حسن كيرة ، المدخل ، رقم ٥٨ ؛ سليمـان مرقص ، محاضراته السابقة ، ص ١٠٢ ، ١٠٣ ، وقد اتجه هوبز اتجـاها مماثلا حيث اعتبر ان نزول الأفراد عن حقوقهم للحاكم هو نزول كامل غير مشروط ولا رجوع فيه ، وينفى هـذا الفيلسوف أن يكون الحاكم طرفا فى العقد ، لذلك فهو لا يلتزم فى مواجهة الأفراد الا بالتزام وحيد هو الالتزام بممارسة الحكم وبالمحافظة على النظام (راجع فردمان ، المرجع السابق ص ٧٢ ، ٧٣) .

واتجه فريق آخر الى تقييد سلطان الحاكم . فقد ذهب الفيلسوف لوك الى أن الأفراد لم ينزلوا ، بمقتضى العقد الاجتماعى ، عن كافة حقوقهم ، بل عن القدر اللازم منها لقيام المجتمع المنظم ، وان الأفراد قد اتجهوا باراداتهم الواعية المدركة الى ضمان كفالة حقوقهم الأخرى ، وتحقيق مزيد من التقدم فى ظل القانون الطبيعى (١) .

أما جان جاك روسو فقد كان له فضل دفع التفكير الى مجال أكثر ديمقراطية . فهو يرى ، من ناحية ، أن العقد الاجتماعى هو وسيلة أملاها العقل الانسانى للحفاظ على الحقوق والحريات الطبيعية ، وليس للنزول عنها أو الحد منها . ومن ناحية أخرى ، استبدل روسو ارادة المجموع بارادة الحاكم . فالنظام السياسى يستمد شرعيته من الارادة العامة ، وما يصدر عنه من قوانين يصبح ملزما للأفراد استنادا الى تلك الارادة ذاتها (٢) .

٣٠ — وقد تطورت الاتجاهات الديمقراطية فى مدرسة القانون الطبيعى تطورا هاما بقيام الثورة الفرنسية ، فقد قامت هذه الثورة تحت شعار الدفاع عن الحريات والحقوق الفردية للانسان ، وقد صيغ هذا الشعار بطريقة واضحة فى اعلان حقوق الانسان سنة ١٧٨٩ ، والصادر عن الجمعية التأسيسية الفرنسية : « أن غاية كل مجتمع سياسى هى المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية التى لا تزول ، وهذه الحقوق هى الحرية والملكية والأمن ومقاومة الظلم » ، (م ٢ من اعلان حقوق الانسان) « ان مبدأ كل سلطة يكمن أساسا فى الأمة » (م ٣) ، « ان

(١) راجع : فردمان ، المرجع السابق ، ص ٧٥ وما بعدها ؛ سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ١١٦ وما بعدها ، ويلاحظ أن لوك يعتبر الحاكم طرفا فى العقد الاجتماعى ، على عكس ما ذهب اليه هوبز ، وبذلك يجعل لوك من العقد الاجتماعى اتفاقا تبادليا يفرض التزامات على عاتق كل من الطرفين .

(٢) راجع : حسن كيرة ، الموضع السابق ؛ سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ١٧٨ وما بعدها ؛ فردمان ، المرجع السابق ، ص ٧٧ وما بعدها .

الحرية تتضمن القدرة على اتيان كل ما لا يضر بالغير ، ولذلك فان ممارسة الحقوق الطبيعية لكل انسان ليس لها من حدود سوى تلك التى تؤمن لأفراد المجتمع الآخرين التمتع بذات الحقوق • وهذه الحدود لا يمكن تعيينها الا بواسطة القانون » (م ٤) ••• الخ •

وبذلك تكون الثورة الفرنسية قد دعمت نظـرية الحقوق الطبيعية ودفعت بها نحو بنـاء المذهب الفردى الذى ازدهر فى القرن التاسـع عشر [١] •

نقد نظرية القانون الطبيعى فى القرن التاسع عشر :

٣١ — تعرضت نظرية القانون الطبيعى لكثير من النقد ، وقد تعددت الانتقادات التى وجهت اليها مع تعدد الآراء التى قال بها أنصار النظـرية ذاتها • ونقتصر فيما يلى على ذكر بعض الانتقادات الخاصة بالسـمات الرئيسية والمشتركة لنظرية القانون الطبيعى •

فمن ناحية أولى ، تقوم نظرية القانون الطبيعى على الزعم بوجود قواعد ثابتة خالدة لا تتغير بتغـير الزمان أو المكان • وتلك مقـولة لم تثبت من الناحية التاريخية ، فالملاحظ لتطور القوانين الوضـعية ، فى الدول المختلفة وعلى مر العصور ، لا يسعه الا أن يلاحظ نسبية المفاهيم القانونية من حيث المكان والزمان • وقد أوضح سافينى [٢] رائد المدرسة التاريخية ، أن القانون هو تعبـير — فى تقـديره — عن روح كل شعب وانعكاس لعبقريته الخاصة ، ولا يجوز بالتالى أن نقيد قواعد القـانون الوضعى فى دولة معينة بمبادىء ثابتة خالدة ، بحجة أن تلك المبـادىء

---

(١) راجع : دى باسكييه ، المرجع السـابق ، ص ٢٢٦ ؛ توفيق فرج ، المرجع السـابق رقم ٥٨ ، ص ١٠٣ وما بعـدها ؛ حسن كيرة ، المدخل ، رقم ٥٩ ص ١١٠ وما بعدها ، محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق رقم ٢٤ ص ٥٣ وما بعـدها ؛ منصور مصطفى منصور ، دروس فى المدخل ، رقم ٩٢ ص ١٦٩ وما بعدها .

(٢) Savigny فيلسوف المانى عاش فيما بين سنتى ١٧٧٩—١٨٨١ .

تنتمى الى القانون الطبيعى (١) .

ومن ناحية ثانية ، فان مبادىء القانون الطبيعى لا جدوى منها من الناحية العملية (٢) فالتسليم بجـدواها كان يقتضى ترتيب بعض النتائج التى تكفل لتلك المبادىء قدرا من الفعالية القانونية . فقد كان يتعـين من ناحية ، أن نفرض على الدولة واجب احترام قواعد القانون الطبيعى ، بألا تصدر قوانين تتعارض مع تلك المبادىء . كما كان يجب ، من ناحية أخرى ، أن نعترف للأفراد بقدرة مخالفة القـاعدة القانونية الوضعية ان خالفت قواعد القانون الطبيعى .

ويثبت التاريخ أن أى مجتمع لم يتوصل الى اقرار هاتين النتيجتين بطريقة محددة . فلم تلازم قواعد القانون الطبيعى أية جزاءات منظمـة تطبقها السلطات العامة (٣) . فقد اقتصر الضابط الأعلى ، فى سلم التدرج القانونى ، دائما ، وفى البلاد المختلفة ، عند حد الدستور بوصفه متضمنا أسـمى القواعد القانونية .

وأخيرا ، أخذ على نظرية القانون الطبيعى أن مبادئها قد اتخذت ، كما سبقت الاشارة ، منطلقا للنزعة الفـردية . وقد أدى ميلاد الفـكر الاشتراكى الحديث الى مهاجمة الفلسفة الفردية ، وبالتالى ، الى مهاجمة نظـرية القانون الطبيعى كأساس للنظرية الفـردية ، فقد اتجه الفكر الاشتراكى الى تغليب مصلحة الجماعة على المصلحة الخاصـة لكل فرد من أفراد المجتمع (٤) .

---

(١) راجع : تيرى Terrè ، مقدمة دراسة القانون والقانون المدنى ، محاضرات باريس ١٩٦٩ — ١٩٧٠ ، ص ٢٣ ، ٢٤ ، كولمبل Colombel مقدمة دراسة القانون والقانون المدنى (باريس ١٩٦٩) ص ٨٠ فى ٨١ ؛ جولدمان ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ؛ حسن كيرة ، المدخل ، رقم ٦٠ ص ١١٢ ، ١١٣ ؛ منصور مصطفى منصور ، دروس فى المدخل ، رقم ٩٠٣ ص ١٧٠ ، ١٧١ ؛ محمود جمـال الدين زكى ، المرجع السابق رقم ٢٥ ص ٥٥ ، ٥٦ .

(٢) راجع تيرى ، المرجع السابق ، ص ٢٤ .

(٣) راجع : كولمبل ، المرجع السابق ، ص ٨١ ، ٨٢ .

(٤) راجع : محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ، ٥٦ .

القانون الطبيعى ذو المضمون المتغير (١) :

٣٢ - ترتب على الانتقادات التى وجهت الى نظرية القانون الطبيعى ، فى صورته التقليدية ، السابق عرضها ، ان ظهر اتجاه لتجديدها تحت اسم : القانون الطبيعى ذو المضمون المتغير • وقوام هذه النظرية الجديدة أن هناك أطارا ثابتا للقانون الطبيعى يتمثل فى فكرة العدل الاجتماعى (٢) وهذا الاطار ثابت وخالد فى الزمان والمكان ، لأنه قائم فى ضمير الانسان منذ الأزل • أما مضمون هذا الاطار فهو الذى يختلف من مكان الى مكان ومن زمن الى آخر • فكل عصر وكل جماعة يضمن الاطار الثابت تصوره الخاص لفكرة العدل ، على ضوء ظروفه الخاصة • ويترتب على منطق هذا القول أن مضمونا معينا للقاعدة القانونية قد يعد عدلا فى زمن بذاته ، ولا يعد كذلك فى زمن آخر ، وكذلك الحال من جماعة الى أخرى فى الزمن الواحد (نظام الرق) •

وينبنى على ما سبق أن نظرية القانون الطبيعى ذات المضمون المتغير قد حاولت التوفيق بين الخلود والعموم من ناحية ، وحقيقة التطور التاريخى من ناحية أخرى » (٣) •

يضاف الى ذلك أن الاطار الثابت للعدل يتحدد ، وفقا لهذه النظرية الجديدة ، بمجموعة من المبادىء القليلة التى لا تصلح فى حد ذاتها للتطبيق العملى ، وانما تقف فقط عند دور الموجهات العامة ، التى يلتزم المشرع بمقتضاها عند اعداد قواعد القانون الوضعى (٤) • ومن قبيل

---

(١) من أبرز فلاسفة هذه النظرية ستاملر Stammler فى ألمانيا ، وسالى Saleilles فى فرنسا .

(٢) راجع : توفيق فرج ، المرجع السابق ، رقم ٦٠ ص ١٠٤ وما بعدها ؛ حسن كيرة ، المرجع السابق ، رقم ٦١ ص ١١٤ .

(٣) محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، رقم ٢٦ ، ص ٥٦ ، وراجع L. M. Raymonds نظرة قانونية وسياسية (باريس ١٩٤٧) خاصة ص ٤٤ وما بعدها ؛ تيرى ، المرجع السابق ص ٢٥ .

(٤) راجع : محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٥٧ .

تلك الموجهات وجوب احترام كرامة الانسان والمحافظة على أمنه وتحقيق المساواة بين الأفراد .

ويلاحظ أن المقابلة بين النظرية التقليدية للقانون الطبيعى والنظرية الجديدة ، تكشف عن أن الأولى تسبغ على القانون الطبيعى قدرا كبيرا من العمومية والشمول ، بحيث يضم القواعد التفصيلية اللازمة لحكم العلاقات الاجتماعية ، والتى يتعين على المشرع أن يلتزم بها ، فى ثباتها وخلودها ، على وجه الدوام . أما نظرية القانون الطبيعى ذو المضمون المتغير فيقصر الخلود والثبات فيها على قدر محدود من المبادىء ، كما أنها تمنح المشرع قدرا كبيرا من المرونة فى تطبيق تلك المبادىء وفق ظروف الزمان والمكان المتنوعة .

وقد واجهت نظرية القانون الطبيعى فى ثوبها الجديد عدة انتقادات . فقد انتهت هذه النظرية الى أن تجعل لكل مجتمع ، فى عصره ، مفاهيمه الخاصة به عن العدل ، وبالتالى يمكن أن يتغير مفهوم العدل من مجتمع الى آخر ، كما يمكن أن يحدث ذات التغيير فى ذات المجتمع من زمن الى زمن . وهذه النتيجة تتناقض مع مقتضى الخلود والثبات كطابع مميز لجوهر نظرية القانون الطبيعى . فاذا سلمنا ، كما تريد نظرية القانون الطبيعى ذو المضمون المتغير بالتغيير والتطور ، فان الاحتفاظ بمعنى الثبات لفكرة العدل فحسب يجعل من هذه الفكرة اطارا فارغا ، حيث ان المضمون غيرقابل للتحديد ، أو الضبط المسبق (١) .

عودة الى نظرية القانون الطبيعى التقليدية :

٣٣ — لم تلق نظرية القانون الطبيعى ذو المضمون المتغير رواجا لدى أنصار الاتجاه المثالى المعاصرين ، فعزفوا عنها ، وعادوا الى النظرية

---

(١) راجع توفيق فرج ، المرجع السابق ، رقم ٦١ ص ١٠٦ ، ١٠٧ ؛ حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص ١١٥ ؛ منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، رقم ٩٤ ، ص ١٧١ ، ١٧٢ ؛ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٥٨ .

التقليدية • ولكن هؤلاء الأنصار أدخلوا على النظرية التقليدية قدرا من التعديل بحيث تنأى عن التطرف ، وفى ذات الوقت تحتفظ النظرية بدورها كموجه مثالى للمشرع • وتتلخص النظرية — فى صورتها المعدلة — فى أن القانون الطبيعى لا يضع قواعد وحلول تفصيلية لمشاكل العلاقات الاجتماعية (١) ، بل يكتفى بوضع مجموعة محدودة من المبادىء العامة الأساسية ، التى لا تتغير بتغير المكان أو الزمان • وتعد هذه المبادىء موجها مثاليا للمشرع ، فيما يضعه من قواعد القانون الوضعى ، ويجب عليه ، نتيجة لذلك ، أن يستلهم مضمونها وأن يسير على هديها ، تحقيقا لخير المجتمع ، وسلامته وتقدمه (٢) • أما بالنسبة لتحديد تلك المبادىء ذاتها فانها تشمل مجموعة الأساسيات التى يقتضيها العدل وسلامة الذوق، كاحترام حياة الانسان وكرامته ، وتحقيق العدالة ، وحماية حرية العمل وحرية المال ، والاعتراف بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وبين الأقارب (٣) •

والملاحظ أن نظرية القانون الطبيعى ، بحسب ما آلت اليه فى العصر الحاضر ، تضع مجرد موجه مرن ، هو أقرب الى دعوة المشرع الى الالتزام بحد أدنى من المثل العليا فى تنظيمه لشئون المجتمع ، ولكنها لا تضع على عاتقه قيدا تفصيليا محددا (وهو أمر تعذر على منطق النظرية على أية حال) • وتتفق مع حدود الدور الحديث لنظرية القانون الطبيعى، والسابق الاشارة اليه ، أن درجت بعض التشريعات الحديثة على الاحالة الى قواعد القانون الطبيعى ليسترشد بها القاضى عند عدم وجود قاعدة

---

(١) وهو ما كانت تقول به النظرية التقليدية .

(٢) راجع : كولمبل ، المرجع السابق ، ص ٩٣ ؛ دى باسكييه ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، وراجع وقارن : ريموندس ، المرجع السابق ، ص ٣٥ وما بعدها . وراجع عن الموضوع بالعربية توفيق فرج ، المرجع السابق رقم ٦١ ص ١٠٦ وما بعدها ؛ حسن كيرة ، المدخل ، ص ١١٦ ، ١١٧ ؛ عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٣٥ ؛ منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، رقم ٩٥ ، ص ١٧٢ ، ١٧٣ ؛ محمود جمال الدين زكى ، رقم ٢٧ ، ص ٥٨ ، ٥٩ ، ٦٠ .

(٣) راجع : محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٥٩، ٦٠ .

قانونية تحكم النزاع • ومن قبيل ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانيــة من المــادة الأولى من القــانون المدنى المصرى (الحــالى) من أنه « اذا لم يوجد نص تشريعى ، يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف • فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية • فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » •

٣٤ — وقد جاء فى المذكــرة الايضاحية للقــانون المدنى المصرى ، تحديدا لنطاق الاحالة على مبادىء القانون الطبيعى ، أنها تلزم القــاضى اذا لم يجد نصا فى القانون أو حكما فى العرف أو الشريعة الاسلامية أن يجتهد ورأيه ••• وهى تقتضيه فى اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خاص •

وبهذا التحديد الأخير يظل الأمر — أمر الاحالة على مبادىء القانون الطبيعى — قائما فى نطاق التوجيه المثالى العام •

المبحث الثانى

المدارس الواقعية (١)

٣٥ — ظهرت فى أواخر القرن الثامن عشر ، وأوائل القرن التاسع عشر ، بوادر نظــريات جديدة ، فى عالم فلســفة القانون ، تتخذ اتجاها واقعيا فى البحث عن أساس للقانون •

فقد اتجه بعض الفلاسفة الى الاهتمام بالقــانون فى علاقته بالواقع الاجتماعى الملموس ، متخذين فى بحثهم أسلوبا علميا ينأى بالموضوع عن أسلوب التفكير الغيبى ، الذى انادت به المدارس المثاليــة •

(١) L'école realiste . يعتبر ابن خلدون من أوائل من قالوا بارتباط القانون بالعوامل الاجتماعية ، ثم يليه مونتسكييه ، فى كتاب روح الشرائع ، حيث قرر — هــذا الأخير — أن القوانين لابد أن تكون خاصــة بالشعب الذى توضع له ، وأن من محض الصدفة أن توافق قوانين أمة أمة أخرى ، فالقوانين الوضعية يجب أن تناسب طبيعة البلاد ومركزها واتساع ربوع الحياة التى تحياها الشعوب ودين السكان وميولهم وأخلاقهم وعاداتهم.

فالقانون ، من وجهة نظر هـذه المدارس الجـديدة ، هو مجموعة القـواعد السارية فى بلد معين ، وفى زمن بذاته ، وعلى الباحث أن يهتم بدراسة هذا القانون كما هو فحسب « وكل ما عدا ذلك لا يعد قانونا ، ولا يستحق الاهتمام » .

ومن ناحية أخرى ، فان العلم القانونى لا يجوز ، عند بعض فلاسفة هذا الاتجاه ، أن يصدر تقييما للقواعد القانونية ، بل يتعين عليه أن يقف عند حدود دراسة ما هو قائم منها فعلا فى ساحة مجتمع بذاته .

وتمثل الأفكار الموجزة السابقة الاتجاه العام للمدارس الواقعية . وفى اطار هـذا الاتجاه تنوعت المواقف والأفكار ، واتخـذت الواقعية أشكالا مختلفة من فيلسوف الى آخر .

غير أن أهم مظاهر النزعة الواقعيـة يمكن أن تندرج تحت فكرتين رئيسيتين : الأولى تربط بين القانون والمعطيات الاجتماعية ، وتربط الثانية بين القانون والدولة ، ونعرض فيما يلى لكل من هاتين الفكرتين :

المطلب الأول

الربط بين القانون والمعطيات الاجتماعية (١) :

ونجمع تحت هذا العنوان النظريات التى تربط بين القانون والواقع الاجتماعى بعناصره المختلفـة . ومن أهم النظريات التى تمثل هـذا الاتجاه ، نظـرية المدرسة التاريخية (٢) ، والنظرية المـاركسية ، ونظرية الأستاذ ديجى فى التضامن الاجتماعى (٣) — (٥) .

---

(١) L'école sociologique

(٢) L'école historique

(٣) L'école marxiste

(٤) Solidarité sociale

(٥) يلاحظ أن اوجست كنت Auguste Conte يعد من الرواد الأول للاتجـاه الاجتماعى ، حيث نادى بضرورة اتباع أسـلوب الملاحظة والتجربة فى البحث العلمى ، سعيا الى استخلاص الظواهر المطردة والقوانين العلمية التى تعد أساس السياسة والقانون ؛ راجع مارتى ورينو (الجزء الأول ١٩٧٢) ، رقم ١٦ ، ص ٢٩ .

اولا : المدرسة التاريخية :

٣٦ — حققت المدرسة التاريخية تطورا هاما فى عالم فلسفة القانون . فقد دعت الى الربط بين القانون والواقع ، على نحو يناقض تماما ما ذهبت اليه النظرية المثالية (نظرية القانون الطبيعى) .

ونقطة البدء عند أنصار المدرسة التاريخية هى أن الحقائق الاجتماعية لا تستخلص عن طريق البحث النظرى المجرد ، بل يتعين الوصول اليها عن طريق المشاهدة والتجربة . وتثبت المشاهدة والتجربة أن القانون يختلف من مكان الى مكان ، ويتطور مع الزمن باستمرار ، ذلك أن القانون ينبع من البيئة الاجتماعية ذاتها ، ويتطور بتطورها . ويرجع السبب فى هذا الارتباط ، لدى المدرسة التاريخية ، الى أن القانون لا يختلف ، كظاهرة اجتماعية ، عن كافة الظواهر الأخرى ، كاللغة ، والثقافة ، والآداب والتقاليد . وتتحدد جميع تلك الظواهر على ضوء ضمير الجماعة ، وعبر قيمها الخاصة بها . ويترتب على هذا المعنى السابق ، أن القانون يندمج فى التطور التاريخى للشعب ، بل ولا يمكن أن يفهم الا تاريخيا . وفى مجال هذه الأفكار ، لا مكان ، فى شأن القانون ، للمصادفات ، كما لا مكان فيها لارادات الأفراد (١) .

وتترتب على منطق النظرية السابقة نتيجتان :

الأولى : أن القانون ، كظاهرة اجتماعية ، دائم التطور ؛ ذلك أنه يتطور تلقائيا مع تطور روح الجماعة ، وتطور مظاهر أنشطتها المختلفة .

الثانية : أن تقنين القواعد القانونية يعد عملا ضارا ، لأنه يجعل القانون حبيس النصوص التشريعية ، ويمنعه ، بالتالى ، من الاستجابة

---

(١) راجع : فى عرض النظرية : توفيق فرج ، المرجع السابق ؛ جلال العدوى ومصطفى الجمال ، المرجع السابق ، رقم ١٠١ ، ١٠٢ ص ١٢١ وما بعدها ؛ حسن كيرة ، المدخل ، رقم ٦٥ ص ١٢٢ وما بعدها ؛ عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٣٦ ؛ محمد على عرفة ، مبادىء العلوم القانونية (١٩٥٢) ، ص ١٤٦ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق رقم ٢٩ ص ٦٤ ، ٦٥ ؛ منصور مصطفى منصور ، دروس ، رقم ٩٧ ، ص ١٧٧ ، ١٧٨ .

للتطــور الحتمى لروح الشعب • ولذلك يعد العــرف ، عند المدرســة التاريخية ، أهم مصدر للقواعد القانونية • فالعرف هو وسيلة التعبــير التلقائى عن رغبات الشعوب ومصالحها ، كما أنه الوسيلة الكفيلة باستمرار تطور القانون بطريقة طبيعية •

نقد المدرســة التاريخية :

٣٧ — لا شك أن مفاهيم المدرسة التاريخية قــد قدمت تجــديدا أساسيا فى دراسة مشكلة أساس القــانون ، كما أن لهــا فضــل لفت الأنظار ، بأسلوب مركز ، على الارتباط بين القــانون ومعطيات الواقع الاجتماعى والتاريخى للشعوب •

غير أن هذه المدرسة تطرفت فى مذهبها الى حد غير مقبول • فقــد جنحت الى نزعة وطنية تجافى الأسلوب العلمى السليم ، كما أنها أنكرت دور العقل والارادة البشرية انكارا معيبا ، فلا شك فى دور كل منهما فى تطوير القوانين المختلفة على مر العصور (١) •

ومن ناحية ثانية ، فان اعطاء العرف الأولوية على غيره من مصادر القاعدة القانونية هو أمر أثبت التاريخ قدر عيوبه • فقــد كان العرف صالحا للمجتمعات البدائية ، حيث لا تتعقد الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، وحيث لا يقتضى الأمر قدرا كبيرا من التنظيم والسرعة (٢) • أما فى العصر الحديث ، قد تخلف العــرف الى المرتبة التالية للتشريع ، واقتصر على كونه مصدرا احتياطيا ، لا يلجأ اليه الا عند غياب النصوص القانونية • وقد فرضت هذا التغيير ، فى مصادر القانون ، متطلبات المجتمع الحديث فى السرعة والدقة والانضباط ، وهى مظاهر تتوافر فى التشريع وتختفى فى العرف •

---

(١) راجع عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٣٨ ؛ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٦٥ .

(٢) راجع : حسن كيرة ، المرجع السابق ، رقم ٦٦ ، ص ١٢٧ ، ١٢٨ ، محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، خاصة ص ٦٣ هامش ١ .

وأخيرا ، فان اطلاق القول بأن القانون هو من خصوصيات شعب بعينه ، مع ما قد يؤدى اليه هذا القول من نزعة وطنية متطرفة (وقد حدث ذلك فعلا فى ظل النازية الألمانية) ، تنتهى الى حصر العلم القانونى ، فى اطار اقليمية تضر بالتقدم الانسانى ولا يفيده •

يضاف الى ما سبق أن حقيقة الواقع ، على خريطة العالم ، قد أثبت فشل تصور المدرسة التاريخية • فمن ناحية ، يلاحظ أن هناك قدرا مشتركا من المبادىء الأساسية التى لا تختلف من بلد الى بلد ، ويؤكد هذا المعنى الاتجاهات الحديثة نحو توحيد القواعد القانونية ، على مستوى العالم ، فى بعض فروع القانون (مجال التجارة الدولية ، القانون الدولى الخاص •••) • ومن ناحية ثانية ، فان كثيرا من الشعوب قد نقلت قوانينها الوطنية ، بصفة كلية أو جزئية ، عن قوانين أجنبية نشأت فى بيئة مختلفة تمام الاختلاف (١) • ومن قبيل ذلك ، أن القوانين المصرية قد نقلت ، فى قطاع هام منها ، عن القوانين الفرنسية ؛ كما أن القانون الهندى قد تأثر كثيرا بالقانون الانجليزى ؛ كما أن القانون الأمريكى مأخوذ ، الى حد كبير ، عن القانون الانجليزى ••• الخ •

ثانيا — مذهب التضامن الاجتماعى : ديجى :

٣٨ — اتخذ الفقيه ليون ديجى اتجاها واقعيا ، اذ يتعين ، من وجهة نظره ، أن نبحث فى الواقع ، دون أن نتقيد بأفكار مسبقة أو بمنطق مجرد • ويقوم منهج البحث الواقعى على ملاحظة الظواهر الاجتماعية الملموسة ، واعمال التجربة لاستخلاص القوانين الخاصة بتعايش تلك الظواهر وتعاقبها (٢) • ولا تقتصر نتيجة هذا الأسلوب على استخلاص

---

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق ، رقم ٦٦ ص ١٢٧ ، محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ٦٩ .

(٢) عرض ديجى مذهبه فى عدة مؤلفات أهمها مطول القانون الدستورى ، الجزء الأول ، ومؤلفه عن الدولة والقانون الموضوعى والتشريع الوضعى (١٩٠١) ، وراجع عرض لهذا المذهب F. Geny فى مؤلفه Science et technique ، الجزء الثانى (١٩٢٧) رقم ١٩٥ وما بعده ، =

المبادىء التى تحكم الحياة الاجتماعية فى الحال ، بل تصل بنا الى امكان توقع الأنماط الحتمية التى تحكم المستقبل . وتكشف دراسة الواقع عن أن الانسان اجتماعى بطبيعته ، يرتبط فى حياته الاجتماعية بغيره من الأفراد برابطة التضامن الانسانى الذى تحتمه المصلحة المشتركة .

وينقسم هذا التضامن الى نوعين : تضامن التشابه أو الاشتراك(١)، وتضامن تقسيم العمل (٢) . ويفترض النوع الأول وجود حاجات ورغبات مختلفة لدى الأفراد . ولايتيسرتحقيقهذه الحاجات واشباع تلكالرغبات الا بالحياة المشتركة داخل الجماعة . أما النوع الثانى فيفرضه تنوع قدرات الأفراد وتعدد مواهبهم ، الأمر الذى يصبح لزاما معه أن يستفيد كل فرد من كفاءة الآخرين ، وأنيتبادل معهم بالتالى الخدمات المختلفة .

وفى اطار الواقع السابق ينشأ القانون كمجموعة من القواعد التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع ، بقصد المحافظة على النظام وعلى المصالح المشتركة ، أى بقصد تحقيق التضامن الاجتماعى بمظهريه السابقين . فبغير قواعد القانون لا تستقيم الحياة فى المجتمع ، ولا يستقيم دوام استقرارها .

ويعتبر القانون ، على النحو السابق ، اجتماعى فى نشأته ، وهو لذلك يستمد قوته الملزمة من ضرورته للحياة الاجتماعية ، أى أن القانون يجد أساسه فى التضامن الاجتماعى .

ثم يميز ديجى بين ثلاثة أنواع من قواعد السلوك فى المجتمع : القواعد الاقتصادية والقواعد الأخلاقية والقواعد القانونية .

= ص ١٩١ وما بعدها ؛ مارك جيدرا ، نظرية الدولة والقانون ، ص ١٦٩ وما بعدها ؛ فردمان ، المرجع السابق ص ١٨٠ وما بعدها ؛ وراجع : توفيق فرج ، المرجع السابق ، رقم ١٩ ص ١١٩ وما بعدها ، حسن كيرة ، المدخل رقم ١٧ وما بعدها ، ص ١٢٨ وما بعدها ؛ سليمان مرقص ، محاضراته السابقة ، ص ٢٣٢ وما بعدها ، منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، رقم ٩٩ ، ص ١٨٠ وما بعدها .

(١) Solidarité par similitude

(٢) Solidarité par division du travail

والقواعد الاقتصادية هى القـواعد ذات المضمون الاقتصادى . أما القواعد الأخلاقية فهى القواعد المتعلقة بالأخلاق . وتتميز القـواعد الاقتصادية والقواعد الأخلاقية بأن الاخلال بأى منهما يؤدى الى خلل فى النظام الاجتماعى ، مما يؤدى الى رد فعل تلقائى من المجتمع بقصد اعادة التوازن الاجتماعى الى وضعه الصحيح .

أما القواعد القانونية فانها تتفق مع النوعين السابقين فى المضـمون الاقتصادى أو الأخلاقى ، ولكنها تختلف عنهما من حيث الجزاء . فجزاء القاعدة القانونية يتمثل فى رد الفعل المنظم الذى تتولى السلطة العـامة توقيعـه .

٣٩ — ومفاد هذا القول السابق ، أن القاعدة الاقتصادية أو الأخلاقية قد تتحول الى قاعدة قانونية ، وذلك عندما تتولى الدولة كفالة تطبيقها بمقتضى جزاء تنظمه وتتولى تطبيقه . ولكن ديجى لا يسلم للدولة بالسلطة الكاملة فى خلق القواعد القانونية ، اذ يتجه الى تقييد سلطتها باخضاعها للقانون ، الذى يعتقد أنه سابق على وجودها . وفى سبيل الوصول الى هذا الهدف يرى ديجى أن الدولة واقعـة سياسية Fait Politique ، تعتمد على القوة التى يفرضها الحاكم على المحكومين ، وهى فى الأصل قوة واقعية وليست قانونية ، لذلك فمن الممكن ، بل ومن الضرورى ، أن تتقيد هذه القوة الواقعية بمقتضى القانون .

ويتحقق الهدف السابق باقرار مبدأ هام ، هو أن القانون ليس من خلق الدولة ، بل من خلق المجتمع ، استجابة لمقتضى التضامن الاجتماعى . فالمشرع يترجم فقط القواعد التى تكونت فى ضمير الجماعه . ويترتب على هذا المنطق أن يفرض القانون Droit ذاته على الحاكم وعلى المحكوم على حد سواء . ولذلك فان الدولة فى اصدارها « للتشريع » La loi لابد أن تنزل على مقتضى التضامن الاجتماعى . فاذا صدر التشريع على هذا النحو وجبت طاعته ، وان حدث العكس كان التشريع غير شرعى .

ويمكن مقاومته • فوظيفة الدولة هى تحقيق تطوير التضامن الاجتماعى وليست معارضته •

ويستفاد من العرض السابق أن ديجى يميز بين معنيين للقانون ، المعنى الاجتماعى وهو يمثل الوجود الحقيقى للقانون حتى قبل أن تتدخل الدولة • والمعنى الثانى هو المعنى المرتبط بالدولة ، أى القانون حين تصدره السلطة الشرعية المختصة وتكفل له الجزاء • وتحتاج هذه المسألة الأخيرة الى شىء من الايضاح ، لبيان كيف توصف قاعدة السلوك، عند ديجى ، بأنها قاعدة قانونية قبل أن يتوافر لها الجزاء الذى تضعه الدولة وتكفله •

تفسير ذلك أن ديجى لا يشترط ، لتوافر وصف القاعدة القانونية ، أن يوجد الجزاء المنظم ، بل يكتفى بوجود « فكرة الجزاء المنظم L'idée d'une sanction organise » وفكرة الجزاء تلك تتوافر لقاعدة السلوك فى ضمير الجماعة بمجرد أن تصبح القاعدة ضرورية لكفالة التضامن الاجتماعى • ويضفى هذا القدر من توافر الجزاء على قاعدة السلوك وصف القاعدة القانونية ، قبل أن تتدخل الدولة بوضع الجزاء المنظم •

ويرجع هدف التفرقة — عند ديجى — بين وجود الجزاء المنظم وفكرة الجزاء المنظم الى أنها تؤكد أسبقية وجود القانون على وجود الدولة ، ويؤكد ، بالتالى ، التزام الدولة بالقانون •

ويترتب على الارتباط بين القاعدة القانونية والتضامن الاجتماعى عدة نتائج أهمها اثنتان :

— أن القانون لا ينبثق عن مبادىء مثالية ومطلقة ، بل يترجم حقيقة التضامن الاجتماعى •

ــ أن القاعدة القانونية تتصف بالدوام والتنوع Permanente et Changeante في آن واحد • وتستمد القاعدة القانونية دوامها من أنها تجد أساسها فى المجتمع ذاته . أما خاصة التنوع ، فترجع الى أن أشكال التضامن الاجتماعى ، الذى تترجمه القواعد القانونية ، تتغير من مجتمع الى آخر على نحو غير محدود (١) •

تقدير نظرية ديجي :

٤٠ ــ ربط الأستاذ ديجي بين القانون ومقتضيات التضامن الاجتماعي ، ولا شك أن هذا الربط مرغوب فيه الى حد كبير • كما أن أحدا لا يستطيع الاعتراض على استخدام الأسلوب التجريبى ، القائم على المشاهدة ، فى بحث الظواهر الاجتماعية واستخلاص القوانين التى تحكمها •

ومع ذلك فقد تعرضت النظرية لكثير من أوجه النقد •

فقد بدأ ديجى منهجه بالتمسك بالواقعية ، رافضا أسلوب مدرسة القانون الطبيعى المثالى ، ولكنه انتهى ، فى بحثه ، الى نتائج لا تتفق مع الواقع فى شيء • فالتضامن الاجتماعى ، الذى اتخذه منطلقا لفكرته ، لا يمكن ادراكه بهذا القدر من التحديد والوضوح الذى قال به • كما أن التضامن لا يمثل الحقيقة الوحيدة التى تحكم مسيرة العلاقات بين أفراد المجتمع • فالحياة تدور أيضا من خلال صراع مستمر وتنافس دائم ، سواء بين أفراد المجتمع أو بين طبقاته وفئاته المختلفة • لذلك ، يحق القول بأن ديجى لم يكن واقعيا (٢) فى تبسيط الأمور على النحو الذى نادى به ، أو فى اطلاق فكرته بغير تحفظ •

---

(١) راجع : جينى ، المرجع السابق ، رقم ١١٩ ص ٢٠٣ .

(٢) راجع : توفيق فرج ، المرجع السابق ، رقم ٧٠ ، ص ١٢٣ ، حسن كيرة ، المرجع السابق ، رقم ٩٩ ، ص ١٣٤ ، ١٣٥ ؛ سليمان مرقس، محاضراته السابقة ، ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ ؛ منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، رقم ٩٩ ، ص ١٨٢ .

ومن ناحية أخرى ، فان ديجى يعتقد فى حتمية انبثاق القانون عن المجتمع ، وفى أسبقية وجوده على وجود الدولة ، ثم يحصر دور الدولة فى ترجمة هذا القانون الموضوعى **Droit objectif** الى تشريعات وضعية . وهذا المذهب يشبه ، الى حد ما ، مذهب القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة . فعند كل من المذهبين ينبثق القانون عن قيمة سابقة على الدولة ، وهذه القيمة هى التضامن الاجتماعى عند ديجى ، وهى المثل الأعلى الاجتماعى عند ستاملر رائد نظرية القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة (١) . لذلك يبدو الخلاف بين الاتجاهين محصورا فى صياغة الفكرة ، ولكنهما لا يمثلان ، فى الحقيقة ، محورين متعارضين.

وأخيرا فان ديجى يضفى على قاعدة السلوك وصف القاعدة القانونية بمجرد توافر « فكرة الجزاء » ، أى قبل أن تتدخل الدولة « بتنظيم الجزاء » ولم يقدم لنا ديجى معيارا للتمييز بين القاعدة القانونية ، فى مرحلتها الأولى تلك ، وبين القواعد الاقتصادية والقواعد الأخلاقية .

ثالثا — النظرية الماركسية :

٤١ — يعد القانون ، فى تقدير النظرية الماركسية ، مجرد وسيلة ، سواء فى المجتمع الرأسمالى ، أو فى المجتمع الاشتراكى المتجه نحو الشيوعية . ولذلك فليس للقانون أية قيمة فى حد ذاته . وفى جميع الحالات يعبر القانون عن سيطرة الطبقة الحاكمة على غيرها . غاية الأمر أنه يعبر فى المجتمع الاشتراكى عن ارادة وسيطرة الطبقة العاملة ، فحين تستولى هذه الأخيرة على السلطة فانها تستخدم القانون لتنظيم الدولة فى اطار اعلاء ارادتها ومصالحها ، بل يعد القانون ، من الناحية السياسية ، وبلا حرج ، وسيلة الطبقة العاملة لقهر طبقة الرأسماليين وتصفيتها ، اتجاها بالمجتمع الى مرحلة الشيوعية (دكتاتورية البروليتاريا « ماركس » ، بل ودكتاتورية الحزب الشيوعى « لينين ») . والطبقة

---

(١) راجع : جينى ، المرجع السابق ، خاصة رقم ١٢٨ ، ص ٢٤١ وما بعدها .

المسيطرة فى المجتمع الاشتراكى هى الأغلبية ، والطبقة الخاضعة هى طبقة الأقليـــة (١) .

ورغم أن القانون هو مجرد وسيلة فى كل من المجتمعين الرأسمالى والاشتراكى الا أن له فى كل منهما دورا تاريخيا جد مختلف .

ففى المجتمع الرأسمالى تسند الى القـــانون مهمة حماية التقـــدم الرأسمالى وتطويره وصولا الى التقدم الاقتصادى والسياسى ، ولكنـــه يقـــوم بهـــذا الدور فى اطار المحافظة على فلسفة الوضع القائم . أما فى المجتمع الاشتراكى فان استيلاء الطبقة العاملة على السلطة يؤدى الى أن يسند الى القانون دور تاريخى ثورى ، هو القضاء على النظام الرأسمالى، واقتلاع جذوره ، وصولا الى مجتمع جديد تختفى فيه الطبقات .

ويؤدى هـــذا الاختلاف ، فى الدور التاريخى ، الى آن تسيطر على القـــانون فى المجتمع الاشتراكى عدة مبادىء أساسية ، يتعلق بعضـــها بالقـــانون الخاص ، ويتعلق البعض الآخر بالقانون العام (٢) .

فى اطار القـــانون الخاص : يقاوم القـــانون كل ضرب من ضروب استغلال الانسان لأخيه الانسان ، ويضمن القانون لكل فرد أن يعمـــل وفقا لقدراته ، وأن يكون له من ثمار الانتاج القـــومى على قدر عمله ، وهو مبدأ يتعين أن يسيطر على كل فروع القانون خاصة قانون العمـــل — ان القانون ظاهرة عارضة ومؤقتة ، اذ يرتبط وجوده بوجود الطبقـــة التى تستخدمه ، وهى طبقـــة البروليتاريا ، وبالتـــالى فان مصـــيره الى

---

(١) راجـــع : محمـــد كامل ليـــلة ، النظـــم السياسية ، ص ٣٤٠ وما بعـــدها ؛ محمـــد لبيب شنب ، مبادىء القـــانون (١٩٧٠) رقم ٢ وما بعدها ، ص ٨ وما بعدها ؛ وراجع أيضا حسام الأهوانى ، مذكراته عن النظرية المـــاركسية للقـــانون (١٩٧١ — ١٩٧٢) ، و Stayanovitch فى المـــاركسية والقـــانون ١٩٦٤ ، ص ٨١ وما بعدها . و L. Szabo عن القانون الاشتراكى ، منشور فى مقدمة للقوانين الاشتراكية (١٩٧١) ، صادر عن الجمعية الدولية للقانون المقارن ، ص ٧ وما بعدها ؛ فردمان ، المرجع الســـابق ص ٣٣٦ .

(٢) L. Szabo القانون الاشتراكى ، ص ٦٧ .

الزوال ، حين تختفى هـذه الطبقة ، بالوصول الى المجتمع الشيوعى — وتحقيق الملكية العامة لجميع وسائل الانتاج •

فى اطار القانون العام : تأمين سيطرة الطبقة العاملة على السلطـة السياسية — تأمين الدور القيادى لنخبة الطبقة العاملة والحزب — تحقيق المركزية الديمقراطية فى صدد العلاقات بين أجهـزة الدولة ، على أن يتم تنظيم تلك العلاقات بما يضمن للأجهزة الدنيا قدرا من الاستقلال وحرية التصرف — تأمين عالميـة حـركة البروليتـاريا ، بحيث ترتبط الدولة الاشتراكية بالدول الاشتراكية الأخرى ، وبالطبقات العاملة ، وبالقوى التقدمية ، عبر خريطة العـالم •

ولكن كيف وضعت المـاركسية مفهومها العام عن القانون ؟

توصل المـاركسيون الى ذلك المفهـوم عن طريق تطبيق الفكرة الرئيسية للماركسية فى المـادية والجدلية على الظواهر الاجتماعية :

فوفقا للمـادية : يفسر كل ما فى الحياة عن طريق المـادة ، فهـذه الأخيرة تعد الحقيقة الأساسية والوحيدة ، وهى تسبق كل شىء بما فى ذلك الروح الانسانية • والمـادة هى التى تحدد وعى الأفراد وأفكارهم وسلوكهم ، وبصفة عامة هى التى تحكم تطور التاريخ البشرى فى جميـع مظاهره •

وأهم ما فى الظـروف المـادية التى تحكم التطـور المذكـور هى مقومات الوجود المعيشية ، أو ما تسميه المـاركسية قوى الانتـاج • وتتكون هذه القوى من عنصرين : الأول ويشـمل وسائل الانتـاج ، والثانى ويشمل علاقات الانتاج ، ويتكون من العنصرين معا ما يسـمى بالبنـاء السفلى •

---

(١) راجـع : كولبـل ، المرجـع السـابق ، ص ١٠ وما بعـدها ؛ ستابانو فتش ، المرجع السـابق ص ٤٢ ؛ فردمان ، المرجع السـابق : ص ٣١٥ .

ويفرض البناء السفلى مقتضياته على كافة الأوضاع الاجتماعية والقانونية والسياسية والدينية والفكرية (البناء العلوى) فى المجتمع .

فعلى أساس العوامل الاقتصادية تبنى كافة الأوضاع المذكورة ، بحيث يفرض كل أسلوب من أساليب الانتاج هيكلا علويا يناسبه ، وبالتالى فان الأوضاع الاجتماعية والقانونية والسياسية ... الخ . السائدة فى مجتمع ما ، فى وقت معين ، تقابل نمطا معينا من أساليب الانتاج الاقتصادى (١) .

ويؤدى تطبيق المفهوم المادى على القانون الى نفى وجود أفكار سابقة على المادة ، وبالتالى فأى قيم فلسفية أو أخلاقية مجردة تعد من قبيل الوهم الذى لا يجوز الوقوف عنده . فالقاعدة القانونية لابد أن تنبع من الواقع المادى فحسب . ويؤدى هذا المنطق الى انكار أسلوب المدارس الأخلاقية ومدرسة القانون الطبيعى . فمثل هذه الأساليب تتجاوز الواقع فى استخلاصها لما تذهب اليه من مبادىء ، وبالتالى تعد — فى نظر الماركسية — عبثا لا طائل من ورائه ، وتقتصر أهميتها على الجانب العقائدى والتربوى (٢) .

وواضح أن الوضع المادى ، المقصود فيما سبق ، هو بذاته قوى الانتاج الاقتصادى التى يتكون منها البناء السفلى .

ولكن القول السابق لا يعنى أن الهيكل العلوى عديم التأثير على البناء السفلى ، فالحقيقة أن بينهما تأثيرا متبادلا . وفى هذا يقرر انجلز أن « تأثير قوى الانتاج ليس تأثيرا تلقائيا ، فالرجال هم فى النهاية صناع التاريخ ، ولكن ذلك يتم من خلال واقع معين يتكون من عوامل متعددة ، من بينها العامل الاقتصادى ، الذى يمارس دورا حاسما ، بل انه

---

(١) راجع : حسام الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ١٧ وما بعدها ؛ أحمد جامع ، المذاهب الاشتراكية (١٩٦٩) ، ص ١٧٥ وما بعدها ؛ وجلال أمين ، الماركسية (١٩٧٠) ص ٦١ وما بعدها .

(٢) راجع : ستايانوفتش ، الموضع السابق .

الخط الأحمر المستمر الذى يقود الى الفهم الصحيح (١) •

الجدلية : ومفادها أن كل واقع يحمل نقيضه أو بذور فنائه ، ومن تصادم النقيضين يولد واقع جديد يجمع بين ثناياه عناصر الواقع الأول ونقيضه ، مما يؤدى الى انهيارهما معا ، وظهور ما يسمى نقيض النقيض ، ويكون هـذا الأخير بدوره واقعا جـديدا يحمل فى طيـاته ما يناقضه بدوره ••• الخ • وهكذا تظـل الحياة فى تطـور مستمر بسبب دوام التضاد والتناقض ودوام ما يعنيانه من استمرار النزاع والتطور فى قلب كل شىء ، لذلك يتعين ، لكى نفهم واقعا معينا ، ألا ننظر اليه فى وضـعه الذى يبدو فى الظاهر ، كحقيقة نهائيـة ثابتة ومكتملة ، بل علينا أن ننظر اليه كحقيقة متحركة فى تطـور مستمر (٢) • وبتعبير آخر أن نعتبره فى « صيرورة دائمة » (٣) : يقول أنجلز « يجب على الانسان أن يكف عن طلب حلول نهائية وحقائق خالدة » (٤) •

وعلى صعيد الحياة الاجتماعية ، تترجم الجدلية من خلال ما يفرضه نظـام الانتـاج من وجـود طبقتين رئيسيتين ، احـداها (البرجوازية Thèse) تستغل الأخرى (« البروليتاريا » Antithese) ، وما يدور بين الطبقتين من صراع حتمى بسبب التناقض التام بين مصالحهما • ومن خـلال هـذا الصراع يتأكد دور القـانون كوسيلة من وسائله ، حيث تستخدمه الطبقة المسـيطرة ــ كما سبقت الاشارة ــ لتحقيـق ارادتها وحمـاية مصالحها •

ويستمر الصراع قائما الى أن تتغير علاقات الانتاج نتيجة لتطـور قوى الانتاج ، فتحل محلها علاقات جديدة عن طريق الثورة الاجتماعية (٥) •

---

(١) راجع : أحمد جامع ، المرجع السابق ، ص ١٨٢ ، ١٨٣
(٢) راجع : كولمبل ، المرجع السابق ، ص ١٠ وما بعدها .
(٣) راجع : هربرت ماركيوز فى العقل والثورة : ترجمة فؤاد زكريا (١٩٧٠) ص ١٥٥ .
(٤) اشار اليه جلال أمين ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .
(٥) راجع : احمد جامع ، المرجـع السابق ، ص ١٩٥ ؛ وراجـع سليمان مرقص ، محاضراته السابقة ، ص ٢٣٧ ، وما بعدها .

وينتهى الأمر ، بالضرورة ، الى دكتاتورية البروليتـاريا ، تعقبها مرحلة الغـاء الطبقات (١) وصولا الى المجتمع الشيوعى (Synthese) . وفى هـذه المرحلة الأخيرة تختفى الدولة ، ويختفى القانون ، بسبب اختفاء مبررات وجودهما .

ومع ذلك ، فان القانون لا يختفى بمجرد اختفاء الطبقات : اذ تفرق النظرية المـاركسية بين مرحلتى الاشتراكية والشيوعية .

ففى مرحلة الاشتراكية : وهى التى تتحقق بعد الغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ، يبقى القانون قائما ، ليس بوصفه وسيلة لقهر طبقـة معينة (حيث لم تعد هناك طبقـات) ولكن لتحقيق الأهداف الأخرى ، التى سبق أن آشرنا اليها ، والتى تتلخص فى تنظيم العلاقات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية فى سبيل تحقيق المجتمع الشيوعى . كما يلعب القانون دورا تربويا أساسيا ، بقصد تعليم الانسان الجديد ، وتطهيره من أخلاقيات المجتمع السابق (٢) .

أما فى مرحلة الشيوعية : فتختفى كل وسـائل القمـع : الدولة ، والقانون ، والمحـاكم والبوليس . ففى هـذه المرحلة تتحقق الوفـرة الاقتصادية بحيث يسمح باعطاء كل بحسب حاجته ، وهو ما يؤدى بذاته الى أن يصبح الانسان أكثر مسالمـة .

نقد النظرية المـاركسية :

٤٢ — قامت النظرية المـاكسية على مجموعة من المفاهيم الخاطئة . ويكمن أوضح مظاهر الخطأ فيها فى نظرتها المـادية . فالقول بأن كافـة الظواهر الاجتماعية والقانونية والسياسية ... الخ تقـوم على البناء السفلى ، وهو الأساس الاقتصادى ، ينقصه الدليل العلمى ، فالحق أن

---

(١) راجع : أحمد جامع ، المرجع السابق ، ص ١٩٧ .

(٢) راجع : حسام الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ٢١٢ ومابعدها ، ٢١٩ وما بعـدها ؛ وراجع : رمزى الشـاعر ، بحث عن أركان الدولة وعناصرها (١٩٧٧) ، ص ٣ وما بعدها .

كافة العوامل ، التى تؤثر فى مسيرة الحياة الاجتماعية ، تتداخل فيما بينها • كما أن من الثابت تاريخيا أن التطورات الجذرية أو الثورات التى تعرض لها كثير من المجتمعات ، انما حدثت بدافع الايمان بدين معين ، أو نتيجة اعتناق عقيدة بذاتها ، وبالتالى فلا يجوز اطلاق القول بأن الأساس الاقتصادى هو الذى يحكم ، دائما ، كافة ظواهر ما تسميه الماكسية بالبناء العلوى (١) •

ـ أن الماركسية نشأت فى ظل أوضاع سيئة اجتماعيا بالنسبة للطبقة العاملة • ففى المراحل الأولى لتطور النظام الرأسمالى الفردى تدهورت أحوال العمال وتعرضوا لكثير من المظالم ، ولم يقدم لهم النظام القانونى ، القائم آنذاك ، قدرا كافيا من ضمانات الحماية • أما فى ظل الرأسمالية المتطورة الحديثة فقد اختلفت الأمور اختلافا جذريا فقد حصل العمال على كثير من المكاسب نتيجة لازدياد أهميتهم اجتماعيا واقتصاديا وسياسيا ، كما وصل الأمر الى حد ترتبط فيه مصالح العمال بمصالح أرباب الأعمال من خلال اهتمام كل من طرفى علاقة العمل بنجاح المشروع اقتصاديا (٢) ، بل وصلنا الى مرحلة ينظر فيها الى المشروعات الاقتصادية حاليا بوصفها جزءا من الاقتصاد القومى تتداخل فيه كل من مصالح العمال ومصالح أرباب الأعمال مع المصلحة العامة •

---

(١) راجع فى نقد الماركسية : جلال أمين ، المرجع السابق ص ١٠١ وما بعدها ؛ عادل العوا ، المرجع السابق ، الجزء الثانى ، ص ١٨٥ ومابعدها ؛ رمزى الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستورى (ط الكويت ١٩٧٢) ص ٧٣٣ وما بعدها ؛ محمد كامل ليلة ، النظم السياسية (الدولة والحكومة) ص ٣٧٥ وما بعدها ، محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٥ ص ١٠ وما بعدها ، شيفاليية Chevalier ، محاضراته فى كبرى الأفكار السياسية فى القرنين التاسع عشر والعشرين (باريس ١٩٤٩) ، خاصة ص ٢٦٦ حيث يعرض لانتقادات هنرى دى مان Henry De Man التى وردت فى مؤلفه : فيما وراء الماركسية (١٩٢٧) ؛ كولمبل ، المرجع السابق ، ص ١٣ وما بعدها .

(٢) راجع : هنرلى دى مان ، عن شيفاليه ، المرجع السابق ، ص ٢٦٧ وما بعدها .

وقد ترتب على التطورات السابقة أن أصبحت المواصفات التى قامت على أساسها النظرية الماركسية غير مستندة الى واقع صحيح .

— ان الماركسية قد أجرت المقابلة أساسا بين طبقتين : طبقة العمال وطبقة أصحاب رؤوس الأموال . وما لا يدخل تحت أحد هذين القطاعين لا يدخل فى دائرة اهتمام النظرية الماركسية . ويثبت لنا الواقع المعاصر، فى الدولة المتقدمة ، أن هذا التفكير لا يمثل الحقيقة ، فقد ازدادت أهمية ما يسمى القطاع الثالث ، وهو قطاع الخدمات الذى يضم المهنيين وأصحاب الأعمال الحرة ... فقد أثبتت الاحصائيات التى أجريت فى الولايات المتحدة الأمريكية تزايد عدد العاملين فى هذا القطاع على حساب عدد العاملين فى قطاعى الزراعة والصناعة (١) .

— بشرت الماركسية باختفاء الدولة (٢) فى مرحلة تحقيق الشيوعية بوصفها جهاز للقمع لن يكون له ما يبرره . وقد أثبت تطور الأحداث فى الدول التى تشيعت للماركسية أن الدولة ما زالت قائمة ، وأن أملا لا يلوح فى اختفائها . بل ان أهمية الدولة قد ازدادت فى الاتحاد السوفيتى بعد الثورة الشيوعية ، حيث تركزت بين يدى قادتها سلطة مركزية طاغية ، تمارس تحت أسم دكتاتورية الطبقة العاملة .

ولما كان النظام الشيوعى يدعى أنه قد ألغى الطبقات فانه يحق التساؤل : ضد من تمارس الدكتاتورية المذكورة ؟

— تنبأت الماركسية باختفاء القانون ، كوسيلة من وسائل القهر فى المجتمع . وقد ارتبطت هذه النبوءة بما ستصل اليه تربية المواطن الشيوعى من أخلاقيات مثالية ، فى ظل مجتمع الوفرة الموعودة ، حيث لن يقوم تناقض بين الفرد والمجتمع ، وحيث يسود الانسجام الجماعى فى علاقة القادة بأفراد الشعب ، وفى ظل هذا المناخ المثالى لن تبقى من

---

(١) راجع عن هذه الظاهرة

Jean Fourastié, le **grand** espoir du20 xxe Siecle (Idees 1963) Notamment P. 149, ets

(٢) راجع نقد / رمزى الشاعر ، البحث السابق ، ص ٦ ومابعدها .

قواعد السلوك سوى مجموعة من القواعد التى تنظم المعيشــة المشتركة تحت اشراف مجموعات متخصصة (للعمــل والاسكان ... الخ) تابعة للحزب الشيوعى (١) .

والحقيقة أن هــذا التصور المثالى ، لدور القانون ومصيره ، يجافى مفاد التجربة التى قادها الاتحاد السوفيتى . فقد ازدادت حاجة المجتمع السوفيتى الى القانون بمرور الوقت . وهو أمر طبيعى فى ظل نظام يقوم على سيطرة الحــزب الواحد ، وبالتــالى على قدر كبير من الدكتاتورية السياسية . كما أن أعراض الأمراض الاجتماعيــة ، المعــروفة فى دول رأسمالية ، لم تختفى ، وربمــا لم تقــل أيضــا ، فى الدول الشيوعية . فمازلنا نسمع فى حــدود المسموح به اعلاميا ، عن حوادث التهــرب والاختلاس (٢) ، وما يرتبط بها من أحكام الاعدام من وقت لآخر . كل ذلك بعد مرور أكثر من نصف قرن على قيــام الثــورة الشــيوعية فى الاتحاد السوفيتى .

لكن ذلك لانستطيع القول أن الدليل قد توافر،علميا أو تاريخيا،على عدم ضرورة القانون ، وما يلازمه من وسائل اجبار منظمة لتنظيم المجتمع الانسانى .

المطلب الثانى

المذاهب التى تربط القــانون بالدولة

٤٣ — تتميز هــذه المذاهب بأن اتجاهها الواقعى قد اتخــذ طابعا وضعيا بحتا ، فقد ربط بعضــها بين القــانون والدولة الى حد التطابق الكامل ، وقد وصفت ، نتيجة لاتجاهها المذكور ، بالمذاهب الشكلية . وأهم فلاسفة هــذا المذهب الفيلسوف الانجليزى أوستن (٣) ، وفيلسوف

---

(١) راجع : كولبل ، المرجع السابق ، ص ١٣ وما بعدها .
(٢) راجع : كولبل ، المرجع السابق ، ص ١٦ ، ١٧ .
(٣) Austin

النمسا هانزكلسن (١) •

اولا — مذهب اوستن (المدرسة التحليلية) (٢)

٤٤ — يقوم هذا المذهب (٣) على ضرورة استبعاد كل تقييم لنظام القانون ، واستبعاد كافة الأفكار المسبقة الخاصة بالمثالية والعدل •

فلا مجال للبحث فى النظريات المثاليــة كنظرية القانون الطبيعى ، أو فى أى نظرية أخرى كنظرية العقد الاجتماعى • ثم ينادى أوستن الى قصر الاهتمام على القانون كما هو قائم فعــلا فى الواقع ، للكشف عن المبادىء والمفاهيم التى تحكمه ؛ ومن هذه المبادىء والمفاهيم نصــل الى التعريف الصحيح للقانون • وهذا التعريف هو ، أن القانون مجموعة من الأوامر الصــادرة عن السلطة العليا فى الجمــاعة ، الى الأشخاص الخاضعين لهــا ، على نحو ملزم • ويتميز القانون على هذا النحو الوارد فى التعــريف ، بتوافر عنــاصر أربعــة : السلطة ، صاحبــة الســيادة السياسية (٤) ، والأمر (٥) ، الواجب (٦) ، والجزاء (٧و٨) •

وقد قدر أوستن تخلف العنــاصر السابقــة فى بعض القــواعد ، فأخرجها من نطاق القانون بالمعنى الوثيق ، كقواعد القــانون الدولى

---

(١) Kelsen

(٢) L' école analitique.

(٣) راجــع : توفيق فــرج ، الســـابق ، رقم ٤٨ — ٤٩ ص ٨٦ وما بعــدها ؛ سليمـــان مرقص ، محــاضراته الســـابقة ، ص ١٩٠ وما بعدها ؛ محمود جمــال الدين زكى ، رقم ١٩ ، ص ٤٤ وما بعدها ؛ محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ص ٦٦ وما بعدها ؛ فردمان ، المرجع السابق ، ص ١١ ، وما بعدها .

راجع وقارن تعريف هوبز للقانون بأنه أمر صادر من ذى صفة الى من يدين بطاعته ، ومن التعريف يتضح تأثر اوستن بهوبز الى حد ما .
راجع : محمد على عرفة ، المرجع الســابق ، ص ٢٦٧ ؛ ومحمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، رقم ١٩ ، ص ٤٤ .

(٤) Souverainté

(٥) Commandement

(٦) Devoir

(٧) Sanction

(٨) راجــع : فردمان ، المرجع الســابق ، ص ٢١٢ ؛ عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢١٩ .

والقانون الدستورى • فالقانون الدولى لا يعـد — فى تقديره — قانونا بالمعنى الصحيح ، ذلك أن الدول تتساوى فيما بينها فى المجتمع الدولى ؛ ولا توجد سلطة عليا تستطيع أن تصدر أوامر تفرضها على الدول المختلفة على نحو ملزم •

كذلك الحال بالنسبة للقانون الدستورى ، فالدولة ذاتها هى التى تضع القانون الدستورى لتنظيم سلطاتها ، ولتنظيم علاقاتها مع الأشخاص الخاضعين لها • والدولة حين تضع القواعد القانونيـة — على النحـو السابق — فانها انمـا تفعل ذلك باختيارها ، وبالتالى لها أن تتحـرر من تلك القواعد أو أن تعطلها دائما (١) •

وان قيل بوجود قواعد عليا تلزم الدولة ، فان هذه القواعد لاتعدو — أن تكون ذات قيمة ارشادية فحسب ، حيث تستطيع الدولة الخروج عليها فى أى وقت • ويطلق أوستن على مثل تلك القواعد — ان وجدت — قواعد الأخلاق الوضعية •

ومن ناحية أخـرى ، فقد ترتب على حصر أسس القانون فى ارادة السلطة ، أن أصبح التشريع هو المصدر الرئيسى ، شبه الأوحد للقاعدة القانونية • فالعرف الذى ينشأ نتيجة لتواتر سـلوك الأفراد على نحو معين ، فترة طويلة من الوقت ، لا يمكن أن ينشىء قاعدة قانونيـة الا فى الحدود التى يسمح بها المشرع ، كما لا يجوز للعرف — ان وجد — أن يخالف ، بأية حال ، القواعد التشريعية •

وأخيرا ، فان هيمنة الدولة على القانون تقتضى وجوب تفسيره بحثا عن ارادتها — ارادة واضع النص — وبغض النظر عن تغير الظروف نتيجة لمرور الوقت • كما يتعين ، وفقا لأوستن ، أن يتسق التفسـير المستفاد

(١) راجـع : فردمان ، المرجع السـابق ، ص ٢١٣ ؛ محمـود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، رقم ١٩ ص ٤٥ .

من النصوص بعضه مع البعض الآخر ، حتى يمكن أن نستخلص نظـرية عامة تحـدد مضمون ارادة المشرع .

نقد مذهب أوستن :

٤٥ ـ تعرض المذهب السابق لعدة انتقادات ، سواء فى تصـوره لأساس القانون ، وسواء فى صدد ما ترتب على ذلك الأساس من نتائج . وفيما يلى عرض لأهم الانتقادات :

ـ أخذ على نظرية أوستن أنها خلطت بين القـانون والدولة خلطا كاملا . ويناقض هذا الخلط حقيقة تاريخية مستقرة ، وهى أن القانون ظاهرة اجتماعية ، قبل أن يكون ظاهرة وضـعية . فقد نشأ القـانون مع نشأة المجتمع فى صورته البدائية ، وقبل أن توجد الدولة ككيان سياسى منظم . ولذلك يعتبر العرف ، تاريخيا ، أسبق القواعد القانونيـة الى الوجود ، وهو مظهر لقـدرة الجمـاعة على خلق قواعدها القانونيـة بطريقة تلقائية بعيدا عن تدخل السلطة الحاكمة . ويضاف الى ذلك أن العرف قد لعب دورا هاما فى بعض القوانين الحديثة كالقانون الانجليزى .

لذلك قال بعض نقـاد أوسـتن أنه تغاضى عن البحث فى تطـور القانون ، وقنع بتناول المظهر دون الجوهر (١) .

ـ ان مذهب أوستن ينتهى الى تكريس طغيان الدولة ، فالدولة هى صانعة القانون ، ولذلك فهى لا تتقيد به .

وقد ترتب على هذا المنطق تجريد القـانون الدستورى من صفته القانونية ، فهو من ناحية لا يصدر عن سلطة أعلى من سلطة الدولة ، كما أن مخالفة أحكامه ، من جانب الحاكم ، لاتستتبع توقيع جزاء محدد ، بل تؤدى فقط الى مجرد لومه أو الاصطدام به (٢) . وبذلك ينتهى فقـه

(١) راجع : محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .
(٢) راجع : محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ص ٧٣ .

أوستن الى الخلط بين القانون والقوة ، وتجريد القانون من فكرة العدالة وتوخى الخير العام (١) .

وتتعارض هذه النتائج مع ما تسلم به الدول المتمدينة من ضرورة الزام الدولة بالقانون ووجوب احترامها له . وتعتبر هذه الضرورة من مقتضيات الاستقرار والنظام فى أى مجتمع حديث ، وقد انتهت الى اعتبار الأمة مصدرا لكل السلطات (٢) .

— ان الربط بين القانون وفكرة السيادة Souveraineté قد أدى بأوستن ، كما سبق أن أشرنا ، الى عدم الاعتراف بقواعد القانون الدولى كقواعد قانونية ، فهذه القواعد لا تصدر عن سلطة تعلو سلطة الدول الموجهة اليها .

والربط السابق خاطىء فى ذاته ، معيب فى نتائجه . ووجه الخطأ فيه هو استناده الى الربط بين الدولة والقانون ، مع أن الصحيح كما أشرنا ، هو أن القانون ظاهرة اجتماعية ، لذلك لا يجوز نفى الوصف القانونى بسبب عدم وجود سلطة أسمى من سلطة الدولة (٣) .

يضاف الى ذلك أن لقواعد القانون الدولى جزاء تتولى تطبيقه المنظمات الدولية القائمة ، وهى أساسا هيئة الأمم المتحدة ، ومحكمة العدل الدولية . صحيح أن وجود الجزاء ، كذلك فاعلية تطبيقه ،

---

(١) راجع : سليمان مرقص ، محاضراته السابقة ، ص ١٩٣ ؛ محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ص ٧٢ .

(٢) راجع : توفيق فرج ، المرجع السابق ، رقم ٤٩ ، ص ٨٩ ؛ سليمان مرقص ، محاضراته السابقة ، ص ١٩٤ ؛ عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٢٢١ ؛ محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ص ٧٢ ، ٧٣ ؛ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، رقم ٢٠ ص ٤٧ .

(٣) راجع فى الدفاع عن الطبيعة القانونية للقانون الدولى : سامى عبد الحميد : أصول القانون الدولى العام ، المجلد الأول (١٩٧٢) ، ص ٢٢ وما بعدها ؛ محمد حافظ غانم ، مبادىء القانون الدولى العام (١٩٦٧) ، ص ٩١ وما بعدها ؛ شارل روسو C. Rousseau القانون الدولى العام (١٩٧٠) ، ص ٣٢ وما بعدها .

ليس بذات درجة الوضوح الموجود فى القانون الداخلى . ولكن هــذا الأمر لا يرجع الى تخلف وصف القــانون ، بل يرجع أساسا الى ظروف واقعية ، تتعلق بتوازن القوى ، بين الدول المختلفة ، فى المجتمع الدولى .

أما من حيث النتائج ، فان تجريد القواعد المنظمة لعلاقات المجتمع الدولى من وصفها القانونى ، يؤدى الى زعزعة الاستقرار فى هذا المجال ، فليس أكثر الحــاحا ، فى ذلك المجتمع ، من ضرورة فرض احترام الدول لقواعد القانون الدولى وللالتزامات الناشئة عن المعاهدات الدولية .

ثانيا — نظرية كلسن (١)

٤٦ — أطلق كلسن على نظريته اسم « القانون البحت » وتعكس هذه التسمية هدفه فى الوصول الى علم قانونى حقيقى لا تشوبه أية عناصر أجنبية عن القانون بالمعنى الدقيق والخالص . ويقصد بالعناصر الأجنبية ، التى يتعين استبعادها ، المبادىء المثالية والأخلاقية ، والعوامل الاجتماعية والعقائد السياسية . ذلك أن دراسة تأثير هذه المبادىء والعوامل المختلفة انما يدخل فى اختصاص علماء الاجتماع والاقتصاد والفلاسفة ، ولا يدخل بأية حال ، فى اختصاص رجل القانون البحت .

ولكى يوضح كلسن نظريته يفرق بين قوانين الطبيعة (٢) والقوانين

---

(١) راجــع عن النظـرية : كلسن فى النظـرية البحتــة للقــانون Theorie pure du Droit الطبعة الأولى ، ترجمة Therenaz

- Kelsen. Apercu d'une theorie generale de droit : Rev. Dr. public 1926 p 561 ets.
- La methode et la notion fodnamentale de la theorie pure. Rev. metaphysique et morale (1937).
- Chaier, de philosophie, Etre et penser (1953)
- Maury, observations sur les idees du Kelsen Rev, crit 1929 P. 527

فردمان ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩ وما بعدها .
وراجع : سليمان مرقص ، محاضراته السابقة ، ص ٢٠٤ وما بعدها .

(٢) Droits de la Nature

الوضعية (١) ويقيم هـذه التفرقة على أسـاس التفـرقة بين ما هو قائم فعلا (٢) وما يجب أن يكون (٣،٤) •

فقوانين الطبيعة تدخل فى نطاق ما هو قائم فعـلا ، وتحكمها فكرة السببية ، التى تعبر عن العـلاقات القائمـة والحتميـة بين الظـواهر الطبيعية المختلفة •

أما علم القانون (القانون الوضعى) فيدخل فى نطـاق ما يجب أن يكون ، وهو يقوم على أساس الاسناد أو (التكليف) (٥) ، أى أنه يحدد شروطا أو ظروفا معينة ويسند اليها ، عند تحققها ، نتائج بذاتها • فالعمل غير المشروع مثلا يؤدى قانونا الى وجود الجزاء ، ولكن العـلاقة بين هذين العنصرين ، ليست علاقة سببية بالمعنى المعروف فى قوانين الطبيعة ، فالقانون لا يعنيه أن يقدم لنا تفسيرا سببيا فى مواجهته لسلوك الأفراد المخاطبين بأحكامه (٦) ، ولكنه يربط فقط بين الشروط أو « الظروف » Conditions والنتيجة Consequence، فى اطار من الاسناد فحسب (٧) •
ومما يؤكد ذلك الفارق بين السببية (فى قوانين الطبيعة) والاسناد (فى علم القانون) ، أننا حين نقرر مثـلا أن اللص لابد أن يتعرض للعقاب فاننا نفرض ضرورة قانونية (ما يجب أن يكون) ، هى وجوب تطبيق العقاب• ولكن هذه الضرورة القانونية تستقل عن واقعة تطبيق العقاب فعلا أوعدم

---

(١) Droits Positifs

(٢) Sein بالالمـانية . Etre بالفرنسية •

(٣) Soller بالالمـانية . Devoir بالفرنسية •

(٤) وبديهى أن قوانين الطبيعة لا تفرض على الانسان امورا معينة فعن الطبيعة لا تنبثق أية ضوابط أو قواعد قانونية •

(٥) Imputation

(٦) راجع : القانون البحت ، ص ٢١ •

(٧) فالقانون يحدد لنا ، وفقا لتحليل كلسن ، ما هو السلوك الواجب اتباعه اذا أردنا تفادى الجزاء •

تطبيقه : اذن ليست هناك سببية بالمعنى الدقيق بين العمل غير المشروع والجزاء (١) .

وبعد هذا العرض العام لاطار نظرية القانون البحت نعرض فيما يلى أسس النظرية من ثلاث نواح :

الأولى : تجريد القانون من الأفكار والعوامل غير القانونية .

الثانية : تصور كلسن للقاعدة القانونية وللبناء القانونى .

الثالثة : وجود ضابط أسمى يستمد منه النظام القانونى شرعيته .

أولا — استبعاد كافة الأفكار والعوامل غير القانونية :

٤٧ — اتجه كلسن ، كما سبق أن أشرنا ، الى البحث عن نظرية بحتة للقانون . ولابد فى تقديره أن تهتم مثل هـذه النظرية بالقانون فى معناه الدائم الذى يقتصر على دراسة ضوابط السلوك فى وجودها الشكلى ، دون التعرض لتقييم مضـمونها أو التعرض لأسباب نشأتها . ذلك أن الاهتمام بالمضمون أو بالأسباب قد يدخل فى اختصاص علماء الاجتماع أو الأخلاق أو الاقتصاد أو السياسة ، ولكنـه ليس من اختصاص علم القـانون البحت .

— فلابد أن نميز القـانون عن المفـاهيم الأخلاقية السـائدة فى المجتمع ، وأن نقـرر أن مضـمون الضـابط الأخـلاقى لا يختلط مع مضمون الضابط القانونى . ولكن هذا الاستبعاد لا يعنى — فى تقـدير كلسن — أن القانون يهمل — عملا — القواعد الأخلاقية ، أو أنه لا يتفق مع مفاهيم الخير ، ولكن كلسن يريد أن يحدد بوضوح حدود الصـلة بينهما . فمن ناحية لا بد أن يكون واضحا أن القانون يتميز تماما عن القيم المطلقة التى تنادى بها الأخلاق . ومن ناحية ثانية فان القانون حين يترك مجالا لتطبيق بعض القواعد الأخلاقيـة فى المجتمع فان ذلك يتم بمقتضى التفويض . فالقانون ، فى هذا الغرض ، يفوض الأخلاق فى حكم بعض

(١) راجع Rev. Metaphysique ، ص ١٩٣ ، ١٩٤ .

مظاهر السلوك • ومن زاوية أخرى ، فان الأخلاق حين تدعو الأفراد الى احترام القانون ، فانها تنحاز الى القانون ، ولكن هذا الانحياز لايفيد أكثر من آن الأخلاق تقدم تبريرا عقائديا للقانون الوضعى ، ولكن كل منها يظل مستقلا عن الآخر (١) •

ـ انه لامكان ، فى نظرية القانون البحث ، لمثاليات ومبادىء مدرسة القانون الطبيعى ، فهذه النظرية تنقل القانون من غيبيات تلك المدرسة الى عالم حقائق القانون الوضعى • ويرى كلسن أن هذا الانتقال قد بدأ مع بداية التطور الهائل الذى حدث خلال القرن التاسع عشر ، حين بدأت الفلسفة تحيد ، تحت ضغط تقدم العلوم ، عن خط مثاليات القانون الطبيعى • ولكن هذا التطور لم يكتمل ، ولذلك يتعين أن تكتمل مسيرته فى صدد القانون عن طريق استبعاد كل ما يرتبط بالمثاليات ، وهذا هو ما تنجزه نظرية القانون البحت (٢) •

ـ ويرتبط بالقول السابق استبعاد كل ما يتصل بالعقائد السياسية• فمدرسة القانون الطبيعى لم تتوصل ، على مستوى الأفكار والأنظمة السياسية ، الى نتيجة واحدة ومنطقية • فمن أنصارها من جنح الى تدعيم الطغيان والاستبداد ، ومن مفكريها من اتجه الى تدعيم المفاهيم الديمقراطية ، ومعنى ذلك أن أنصار مدرسة القانون الطبيعى قد اتخذوها سندا للوصول الى نتائج متناقضة ، لذلك برى كلسن أن مدرسة القانون الطبيعى قد أثبتت صحة كل المفاهيم المتناقضة ، وبالتالى فهى ، فى الحقيقة ، لم تثبت شيئا على الاطلاق (٣) •

لذلك ، فان من المظاهر الايجابية لنظرية القانون البحت انها نظرية مضادة للعقائديات (٤) فهى ترفض كل محاولة لاتخاذ القانون سبيلا

---

(١) راجع : القانون البحت ، ص ٤٩ .
(٢) راجع : Rev. Metaph. p. 192
(٣) راجع : Rev. Metaph P. 191
(٤) Anti - idiologique

لخدمة الأغراض السياسية ، سواء لتدعيم نظام سياسى معين أو لرفضه . وترجع هذه الايجابية الى أن علم القانون البحت يتخذ أسلوبا علميا حقيقيا ، فهو يسعى الى الكشف عن الحقيقة القائمة ، أما العقائد السياسية فهى تخفى الحقيقة ، لأنها ترتبط بارادات الأفراد ورغباتهم ، ولا تستند الى المعرفة العلمية (١) .

— وفى نطاق علم الاجتماع يرفض كلسن أى خلط بين القانون البحت ودراسة ظواهر السلوك الاجتماعى ومشكلاته . فعلم الاجتماع — فى مجاله المتصل بالقانون — يدرس أسباب وجود القواعد القانونية ، ثم تأثير هذه الأسباب (الاقتصادية ، الاجتماعية ، الثقافية ..) على تطبيق تلك القواعد أمام المحاكم . كما يبحث علم الاجتماع عن أسباب التزام الناس بتلك القواعد وأسباب الخروج عليها . وكل هذه الدراسة لا علاقة لها بالقانون فى ذاته ، فهى تهتم بما يسبق وجوده أو يستتبع تطبيقه من مظاهر . فى حين يهتم القانون البحت بالقواعد والضوابط القانونية فى وجودها الشكلى فحسب (٢) .

ثانيا — الضوابط القانونية والنظام القانونى وفقا لنظرية القانون البحت :

٤٨ — يعرف كلسن القانون بأنه مجموعة من الضوابط Normes ويتكون كل ضابط من شكل ومضمون . فاذا أردنا أن نبحث عن القانون البحت تعين علينا أن نقتصر على العنصر الشكلى فحسب . أما التعرض للمضمون بالنقد أو التقييم فانه يتجاوز مهمة علم القانون البحت ويدخل فى اختصاص علوم أخرى (كما سبقت الاشارة) .

وبفضل هذا الأسلوب الشكلى البحت ، فى دراسة القانون ، يحتفظ القانون — فى تقدير كلسن — بطابعه « اللاعقائدى » وتستوى فى ظله الأنظمة : كالنظام السوفييتى والنظام الفاشستى الايطالى والنظام

---

(١) Rev. Metaph. P. 191

(٢) راجع : القانون البحت ، ص ٨٣ .

الديمقراطى الفرنسى • ولهـذا السبب الأخير تتعرض نظرية القـانون البحت لنقد الفقه التقليدى [1] •

ثم يضع كلسن مفهوما واسعا للضابط القـانونى بحيث يشمل كل عمل قانونى سـواء تمثـل فى قاعدة قانونيـة عامة (كقـواعد القانون الدستورى أو القانون العادى أو اللوائح) ، أو تمثلت فى ضوابط فردية (كالأوامر الادارية والعقود والأحكام القضائية) وتتميز الضـوابط القانونية عموما بخاصتين : الشرعية والاجبار •

الشرعية Validité :

٤٩ — يذهب كلسن الى أن الضوابط تتدرج جمعا فى اطار بنـاء قانونى هرمى • بحيث يسـتمد الضـابط الأدنى شرعيتـه Validité من الضابط الأعلى ، وبحيث يعد الأول تحقيقا للثانى • وتصدر الضوابط القانونية عن هيئات ، أو أشـخاص انعقـد لها الاختصاص ، قانونا ، باصـدارها •

وايضاحا للمعانى السابقة نقدم مثالين واضحين ، أحدهما مستمد من ممارسة النشاط الادارى ، والثانى نأخذه من ممارسة النشاط الخاص •

ففى مجال النشاط الادارى لو أخذنا شرطى المرور حين يؤدى أبسط أعماله وهو أمره لأحد قادة السيارات بالوقوف ، فاننـا نجد أنه يخلق ضابطا قانونيا فرديا ، وهو يستمد شرعية سلطته من لائحة المرور ، وهذه الأخيرة تستمد شرعيتها من القـانون ، ويستند هـذا الأخير الى قواعد الدستور • وينطبق هذا التحليل على كل ضابط قانونى آخر ، داخـل البناء الهرمى • فكل قرار أو لائحة انما تخلق ضوابط قانونيـة تجيزها وتسند الاختصاص باصدارها ضوابط أعلى منها •

وفى اطار النشاط الخاص ، اذا بدأنا بالعقد ، فاننا سنجد أنه يمثل

---

(1) Rev. Metaph. P. 195

أداة لخلق الضوابط القانونية التى تلزم الأفراد باتباع سلوك معين . ويستمد العقد قدرته المنشئة تلك من القانون ، الذى يستمد بدوره شرعيته من الدستور ، وينطبق ذات التحليل بالنسبة للأحكام القضائية(١).

ويلاحظ من ناحية أن جميع الضوابط القانونية ، سواء تعلقت بالنشاط الادارى أو بالنشاط الخاص ، تندرج فى وحدة النظام القانونى الهرمى ، ولا يختلف بعضها عن البعض الآخر سوى فى أسلوب خلق الضابط القانونى . ففى اطار النشاط الادارى يمنح النظام القانونى لأشخاص « ما يسمى القانون العام » (٢) وممثليه سلطة خلق الضوابط القانونية (وبالتالى سلطة الزام الغير) بمقتضى أعمال قانونية من جانب واحد (القرارات الادارية) فى حين يمثل العقد فى اطار ما يسمى « القانون الخاص » الأسلوب النموذجى لخلق الضوابط القانونية التى تحكم علاقات الأفراد (٣) .

ومن ناحية ثانية ، فان المفهوم السابق للقانون البحت ، ينتهى الى أن الدولة هى النظام القانونى ، فلا مجال للبحث عن تفرقة بينهما . وبذلك تنتهى — عند كلسن — مشكلة العلاقة بين الدولة والقانون ، فالتطابق بين الفكرتين لا يسمح بقيام تلك المشكلة أصلا ، ويتضح هذا التحديد بعرض الخاصة الثانية من خواص الضوابط القانونية وهى خاصة القهر أو الاجبار .

القهر أو الاجبار (٤) Contrainte :

٥٠ — لابد لكى يتوافر الوصف القانونى للضوابط المختلفة من أن يكفل لها النظام القانونى عنصر الاحترام . ويتحقق هذا العنصر عملا

---

(١) راجع كلسن فى Apercu d'une theorie، السابق الاشارة اليه ص ٢٧٩ ، وراجع فى الموضوع : مارتى ورينو ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، رقم ٢٢ ص ٣٦ وما بعدها ؛ سليمان مرقص ، محاضراته السابقة، ص ٢٠٤ وما بعدها .

(٢) حيث ينكر كلسن المقابلة بين القانون العام والقانون الخاص ، لانه يدعو الى وحدة النظام القانونى .

(٣) راجع كلسن ، القانون البحت ، ص ٣٨ وما بعدها .

(٤) ويعبر كلسن عن هذه الخاصة بغايتها وهى الفعالية **Efficacité**

بتطبيق عنصر الاجبار من خلال الجزاءات التى توقع على من يخالف تلك الضوابط • ويلاحظ كلسن ، فى هذا الصدد ، أن نظريته لا تضيف جديدا الى مفاهيم فقه القانون الوضعى التقليدية • فمن المسلم به عند هـذا الفقه أن القاعدة القانونية هى بالضرورة قاعدة توجيه Coercitive (١) •

ويتم تنفيذ عنصر الاجبار ، وما يلازمه من جزاء ، عن طريق السلطة العامة • وبذلك يصبح القانون ، ومن الزاوية المذكورة ، نظاما للاجبار تتمثل وظيفته الأساسية فى تنظيم استخدام القوة فى العلاقات القائمـة بين الأفراد • ونظرا لأن هذا العنصر الرئيسى انما يتحقق بواسطة جهـاز الدولة ، ونظرا لأن الدولة لا تستطيع تحقيق أى هـدف الا بواسطة القانون ، فان التطابق يصبح تاما بين الدولة والقانون : فالقـانون هو قانون الدولة ، وكل دولة لابد أن تكون دولة قانون (٢) •

ثالثا : وجود ضابط أسمى يضفى على النظام القانونى شرعية :

٥١ — أشرنا الى أن نظـرية كلسن ترى فى القـانون نظاما هرميا متدرجا ، يبدأ عند قاعدته بالعقود والأحكام القضائية والأوامر الفردية ، ويصل عند القمـة الى القواعد الدستورية • وهنا يثور السؤال حول وجود ضابط أسمى يستمد منه الدستور ، بدوره ، شرعيته • وقد أجاب كلسن على هذا التساؤل بأن هـذا الضابط الأعلى قد يتمثل فى قاعدة عليا تاريخية (قاعدة دستورية قديمة) ، صادرة عن ثورة ، أو عن مغتصب للسلطة • وفى جميع الحالات لابد أن نسلم بهـا كضابط أسـمى على

---

(١) كلسن ، القانون البحت ، ص ٦٢ ، وترتيبا على هذا المعنى يقرر كلسن ان أية سلطة واقعية تقوم فى نطاق العلاقات الدولية تعد سلطة قانونية فى الحدود التى تخلق فيهـا نظاما فعالا للاجبار راجع : القانون البحت : ص ١١٨ •

(٢) راجـع : كلسن ، القـانون البحت ، ص ٦٤ ، ١٥٤ ، ١٥٥ ، ١٦١ ؛ فردمان ، المرجع السابق ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ؛ وراجع سليمان مرقص ، محاضراته السابقة ، ص ٢٠٧ •

سبيل الافتراض (١) ، بمعنى أنه اذا لم يكن لهذا الضابط وجود حقيقى ، فلابد أن نأخذ به كمسلمة منطقية ، نحقق بها وحدة النظام القانونى الوضعى • وتقف مهمة هذا الضابط الأعلى عند هذا الحد ، دون أن تكون جزءا من النظام القانونى الوضعى • كما يلاحظ أن هذا الضابط هو مجرد ضابط شكلى يمنح الاختصاص الى أول جهة تقوم بوضع الدستور •

نقد نظرية كلسن (٢) :

٥٢ — واجهت نظرية القانون البحت انتقادات عدة سواء فى تصورها النظام القانونى وأساس شرعيته ، أو تجريدها النظام القانونى من كافة الأفكار والعوامل غير القانونية •

— فمن حيث شرعية النظام القانونى انتهى كلسن الى ترتيب الضوابط القانونية ترتيبا هرميا ، ينتهى فى قمته عند الدستور • وحين واجه التساؤل حول أساس شرعية الدستور افترض وجود ضابط أسمى ، يتعين التسليم به كفرض منطقى ، ان لم يقم عليه الدليل العلمى • وقد اعتبرت هذه النقطة الأخيرة أهم مواطن الضعف فى نظرية القانون البحت• فقد أفاض كلسن فى وصف نظريته بالواقعية والوضعية ، وأنها تقوم على ما هو قائم ملموس ، دون الدخول فى غيبيات لم يقم عليها الدليل العلمى• ثم اضطر الى القول بهذا الضابط الأعلى المفترض ، الذى لا وجود له من الناحية الوضعية التى بنى كلسن نظريته تحت شعارها • لذلك ذهب

---

(١) Contitution hypothetique ، وراجع كلسن ، القانون البحت ، ص ٣٦ ؛ ومارتى ورينو ، الموضع السابق ، الذى يشبه وظيفة هذا الضابط المفترض عند كلسن بفكرة العقد الاجتماعى عند بعض أنصارها القدامى ، وراجع A· Ceste _ Floret فى مؤلفه عن المشكلات الرئيسية للقانون (١٩٤٦) ص ٣٩ ، ٤٠ ؛ فردمان ، المرجع السابق ، ص ٢٣١ .

(٢) راجع : سليمان مرقص ، محاضراته السابقة ، ص ٢٠٨ ، وما بعدها ؛ كولوميل ، المرجع السابق ، ص ٨٤ وما بعدها ؛ كوست فلورية ، المرجع السابق ، ص ٤٠ ، ٤١ .

نقـاد نظرية القانون البحت الى أن هـذه النظرية تخفى مشكلة أساس القـانون ولا تضع لهـا حلا (١) •

ـ ان صياغة كلسن لعنصر الاجبار قد شابها قدر كبير من عـدم التوفيق • فقد اعتبر أن الاجبار هو تنظيم لاستخدام القوة فى المجتمع ، وبذلك خلط بين القانون والقوة الى حد بعيد • صحيح أنه حرص على بيـان قصده من هذا الخلط وهو أن مناط الفعالية الحقيقية للقـانون يكمن فى احترامه ، وأن هذا الاحترام لا يتأتى الا عن طريق قوة الاجبار• ومع ذلك فان فى صياغته للعنصر المذكور تطرف غير متسم بالحرص •

ولكن أهم ما ترتب على الربط بين القـانون والقـوة هو ادماج القانون بالدولة • ويؤدى هذا الدمج الى أن لا يوجد قانون خارج نطاق الدولة • وهـذه النتيجة تتضمن مبدأ خطيرا يتعـذر معه الزام الدولة بالقانون (٢) وهذا النظر يخالف ، فضلا عن خطـورته ، ما هو قائم فى الأنظمة القانونية الوضعية • فمن المقـرر ، فى هـذه الأنظمة ، خاصـة الديمقراطى منها ، ان الدسـتور يقيـد سلطة الدولة ، ويلزمها باحترام المؤسسات والأنظمة والحقوق القائمـة فى المجتمع ، ويدل هـذا القول الأخير على أن القانون يستقل عن الدولة ولا يختلط بها (٣) •

يضاف الى ما سبق أن الضابط الأعلى الذى افترض كلسن وجوده هو ضابط شـكلى بصفة كاملة ، أى أنه لا يتضـمن أى قيد موضوعى يلتزم به الدستور الوضعى • ويؤدى هذا المنطق الى أن الضابط الأعلى يضفى القوة الملزمة على أى دستور أيا ما كان مضمونه ، أى حتى لو كرس هذا الدستور الاستبداد السياسى (٤) •

ـ وأخيرا جردت نظرية القانون البحت القانون من كافة الأفكار والعوامل

(١) راجع : كوست فلورية ، المرجع السابق ، ص ٤١ •
(٢) راجع : كوست فلورية ، المرجع السابق ، ص ٤٠ •
(٣) راجع : سليمان مرقص ، محاضراته السابقة ، ص ٢١٠ •
(٤) راجع : كوست فلورية ، المرجع السابق ، ص ٤٠ •

الاقتصادية والسياسية والأخلاقية .. الخ . التى تؤثر فى نشأته وتطوره. وقد أدى هذا الأسلوب الى اغراق معيب فى الشكلية (١) .

فالقانون هو علم الحقائق الاجتماعية ، وأية محاولة لدراسة نشأة القاعدة القانونية ، أو حتى مجرد تفسيرها ، دون أن نأخذ فى الاعتبار الحقائق المادية والفكرية السائدة فى المجتمع ، تعد محاولة قاصرة فى منهجها ، خاطئة فيما تنتهى اليه من نتائج . يضاف الى ذلك أن فى القانون قصور ، فى بعض الحالات ، عن مواجهة ظروف الواقع المتجدد للحياة الاجتماعية ، ويقع على القاضى واجب مواجهة تلك الحالات بالحلول المناسبة عن طريق التفسير الواسع .

لكل ذلك يعد الربط بين القانون والواقع ، سواء عن طريق عمل المشرع أو جهد القاضى أو الفقيه (وهم أعمدة العلم القانونى) ، ضرورة علمية وعملية .

المبحث الثالث

المذهب المختلط : مذهب جينى (٢)

٥٣ — عرضنا فى المطلبين السابقين لأساس القانون فى اطار اتجاهين رئيسيين : الاتجاه المثالى (القانون الطبيعى) . والاتجاه الواقعى . ولاحظنا أن واقعية الاتجاه الثانى تستند اما الى عناصر من الواقع الاجتماعى ، واما الى واقعة وجود الدولة فحسب .

ولقد كانت المقابلة مع نظرية القانون الطبيعى مؤثرا واضحا فى فقه

---

(١) راجع : سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩ .

(٢) F. Gény راجع بالعربية : توفيق فرج ، المرجع السابق ، رقم ٧٢ وما بعدها ، ص ١٢٥ وما بعدها ؛ حسن كيرة ، المرجع السابق رقم ٧٠ وما بعدها ص ١٣٨ وما بعدها ؛ سليمان مرقص محاضراته السابقة ص ٢٥٦ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، رقم ٣٠ ، ص ٦٦ وما بعدها ؛ منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق رقم ١٠٠ وما بعدها ، ص ١٨٣ وما بعدها .

المدرسة الواقعية وقد أدى ذلك الى قدر من التطرف سواء فى قصر مظاهر الواقعية على بعض مقومات الحقائق الاجتماعية (كالدولة) ، أو فى نفى كل عنصر عقائدى أو مثالى فى تكوين جوهر القاعدة القانونية .

لذلك جاءت النظريات المختلطة لتحاول الجمع بين حقائق الواقع من ناحية ، وضرورة التسليم بقــدر من المبادىء المثالية والفكرية والعقلية من ناحية أخرى .

ومن أهم الدراسات الحديثة ، التى ذهبت فى اتجاه المعنى السابق ، نظرية الفقيه الفرنسى الكبير فرانسوا جينى [1] .

ويقرر الأستاذ جينى ابتداء أنه لا يبتدع نظرية جديدة ، كما أنه لا يملك صياغة سحرية لحل مشكلة أساس القانون ، لذلك فانه يكتفى بالوصول الى صياغة تعادلية (توفيقية) لبعض عناصر النظريات المختلفة ، التى يقرر سلامتها ، ليخلق منها بنــاء متناسقا .

ويرى جينى أن العناصر التى تمثل المــادة الأولية القانون أربعة[2]:
- الحقائق الواقعية أو الطبيعية [3] .
- الحقائق التاريخية [4] .
- الحقائق العقلية [5] .
- الحقائق المثاليــة [6] .

---

(١) فى مؤلفه Science et technique en Droit Prive العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعى ، وهو مؤلف من أربعة أجزاء وقد عرض جينى نظريته فى الجزء الثانى منه .

(٢) راجع : جينى : المرجع السابق ، الجزء الثانى (طبعة ١٩٢٧) رقم ١٦٠ ص ٣٥١ ، ٣٥٢ منه .

(٣) Donnees reelles ou naturelles

(٤) Domees histoques

(٥) Donnees Rationneles

(٦) Donnees Ideales

اولا ــ الحقائق الواقعية او الطبيعية :

٥٤ ــ ويقصد بها الظروف الطبيعية التى تحيط بالانسان فى معيشته سواء تمثلت فى الظروف المادية ، كالمناخ وطبيعة التربة ونتاجها ، أو تمثلت فى ظروف معنوية ، كالآمال الأخلاقية للانسان ومشاعره ومعتقداته الدينية ، أو تمثلت أخيرا فى القوى السياسية والاجتماعية القائمة . وهذه العوامل لا تخلق القواعد القانونية مباشرة ، ولكنها ترسم الاطار اللازم لنشأتها . فهى معطيات أولية لابد أن تؤخذ فى الاعتبار لتحديد وضع المسائل القانونية وبيان الحدود المرجوة لتنظيمها (١) .

ويقدم جينى مثل اختلاف الجنس بين الذكر والأنثى كحقيقة طبيعية . فمن هذه الحقيقة ينبثق نظام الزواج . ولكن هذه الحقيقة لا تضع لنا قواعد محددة لحكم العلاقة الزوجية ، بل تحدد مبدئيا الفكرة الرئيسية لهذا النظام ، وهى أن الزواج لا يمكن أن يقوم بين شخصين متحدى الجنس .

كما أن الاختلاف النفسى والمعنوى بين الجنسين يفرض ضرورة الاعتراف باختلاف المركز القانونى لكل منهما . كما تساهم فى هذا الاختلاف الظروف الاقتصادية والسياسية السائدة فى البيئة الاجتماعية (٢) .

ويمكن ادراك الحقائق الطبيعية السابقة عن طريق المشاهدة والتجربة، لذلك فهى حقائق علمية بكل معنى الكلمة ، وبالتالى ليس صوابا ما ذهبت اليه بعض المدارس الوضعية من عزل القانون عن تلك الحقائق (٣) .

---

(١) راجع : جينى ، المرجع السابق ، الجزء الثانى رقم ١٦٧ ، ص ٣٧١ وما بعدها .

(٢) جينى : المرجع السابق ، ص ٣٧٣ .

(٣) جينى : المرجع السابق ، ص ٣٧٣ .

ثانيا ــ الحقائق التاريخية :

٥٥ ــ ويقصد بها أحداث وظروف الحياة الانسانية والاجتماعية التى تكونت عبر الزمن وأرست نظما وتراثا لا يمكن اغفاله فى تكوين القانون • ولا تتكون الحقائق التاريخية من مجرد عناصر مادية (كما هو الحال فى الحقائق الطبيعية) ولكنها تتضمن قواعد ونظما قانونية كاملة التكوين تقوم بدورها فى تنظيم الحياة فى المجتمع • فقد نشأت تلك القواعد والنظم عن طريق المصادر الرسمية والتفسيرية للقانون « كالعرف والتشريع المكتوب والفقه والقضاء » فعن طريق هذه المصادر نشأ جمع من الأسس التى تحدد اطارا لسلوك الانسانية والتى تحكم تقدمها المستمر (١) •

واذا عرضنا لذات مثال الزواج ، فى اطار المعطى التاريخى ، فاننا سنجد أن شروط وآثار نظام الزواج قد تم تنظيمها بدقة بطريقة تختلف من زمن الى زمن ومن بلد الى آخر • وأن هذا النظام قد خضع دائما لرقابة سلطة اجتماعية أو دينية أو مدنية •

وتعد هذه المظاهر السابقة نتيجة واضحة لمفعول الزمن ، الذى يضفى على الطبيعة تأثيره ، فيضيف اليها قوة الاستقرار فى مواجهة احتمالات الطفرة والاندفاع •

وتعتبر حصيلة التاريخ جزءا من الثروة القانونية المكتسبة • وهى تثبت أن المعطى التاريخى لا يمكن اغفاله فى صدد أية اصلاحات قانونية يراد اجراؤها (٢) • كما أنه يفرض ذاته على ما هو قائم فيسبغ عليه هيبة الشرعية ، وبذلك يحقق المعطى التاريخى عند جينى توازنا بين اعتبارى الاستقرار وضرورة التطوير •

ثالثا ــ الحقائق العقلية :

٥٦ ــ يلاحظ جينى أن الحقائق الطبيعية والحقائق التاريخية لا تكفى بذاتها لخلق القواعد القانونية اللازمة لتوجيه نشاط الأفراد

(١) جينى : المرجع السابق ، ص ٣٧٧ .
(٢) جينى : المرجع السابق ، ص ٣٧٨ .

بطريقة فعالة ومقنعة . فالحقائق الطبيعية لا تقدم سوى الاطار العام للنشاط القانونى ، وهو فى عموميته عامل مهم . أما الحقــائق التاريخية فانها وان كانت تقدم من التراث هدى للحاضر الا أنها قد تقف حائلا دون التقــدم والتطور . لذلك يتعين أن تخضع النتائج المستخلصة من الحقائق الطبيعية والحقــائق التاريخية لحــكم العقل بحسبانه قادرا على تقييم صلاحيتها للاستجابة لمقتضيات التنظيم القــانونى .. وتمثــل الحقائق العقلية ، وفقا لهذا الدور ، الموجه الرئيسى فى الاعداد العلمى للقانون . وتلتقى الحقائق المذكورة مع المضمون الرئيسى لفكرة القانون الطبيعى كما استخلصها الرومان ، وفى الحدود التى انتهت اليها الفلسفة الحديثة على أقل تقــدير (١) .

وينبنى على هذا المنطق أن الحقائق العقلية تتمثل فى مجموعة من المبادىء التى يستخلصها العقل من طبيعة الانسان ومن حقيقة احتكاكه مع العــالم الذى يعيش فيه . وما يفرضه العقل فى هذا الشأن يعبر عن أوضح ما تقتضيه طبيعة الأشياء (٢) . لذلك تتصف تلك المبادىء بأنهــا ضرورية ، وعالمية ، وغير قابلة للتغيير ، وبالتالى تستحق موقع الصدارة بين القواعد القانونية (٣) .

ويتعين لكى تحتفظ تلك المبادىء بموقعها المشار اليه أن تقتصر على مجموعة الموجهات Préceptes التى تتصف بالحتمية النابعة عن طبيعــة الانسان ، دون أن تمتــد الى النزعات المثاليــة التى لا تكون ــ بحكم طبيعتها ــ محلا للاتفاق بين الجميع (٤) .

واذا عدنا الى نظــام الزواج لكى نضيف اليه من معطيــات العقل فاننا سنجد أن العقل يقتضى أن يقــوم الزواج ــ لكى يكون جــديرا

---

(١) جينى : المرجع السابق ، رقم ١٦٩ ص ٢٨٠ ، ٢٨١ .
(٢) جينى : المرجع السابق ص ٢٨١ .
(٣) جينى : المرجع السابق ص ٢٨١ .
(٤) جينى : المرجع السابق ، ص ٢٨١ ، ٢٨٢ .

بالاعتراف به اجتماعيا — على الدوام والاستقرار ، وأن ينشأ نتيجة اتفاق جاد ، وأن يستهدف تنشئة الأبنــاء وتعليمهم •

ويقف تأثير الحقائق العقلية عند حد الأسس العــامة السابقة التى تمثل الحد الأدنى لفكرة الزواج ، ولكنها لا تمتد الى المبادىء الأخرى التى تخص ذلك النظام : كمبدأ وحــدة الزوجة ، أو تحريم الانفصال ، أو تحريم الزواج بالأقارب حتى درجة معينة •

فمثل هذه المبادىء الأخيرة تعتبر آمالا أخلاقية ، على قدر كبير من الأهمية ، وتصدر عن تفكير راق ، وتستحق لذلك أن تدرج ضمن قواعد الزواج القانونيــة ، ولكنها لا تدخل ضــمن الحقائق العقليــة بالمعنى المعروف — بل تدخل فى النطاق المثــالى الذى قد يكون محلا للمنازعة مع اختلاف طبائع الناس وطبيعة الحياة فى المجتمعات (١) •

وينتهى جينى الى أن المعطيــات العقليــة هى اعداد علمى بالمعنى الصحيح ، وأنها تخترق جوهر الأشياء بوسائل المعرفة الخاصة بها ، وبغير الاستعانة بأية قوى أخرى غامضة أو منازع فيها ، وبذلك تصــل الى فرض ما تحتمه من قواعد ضرورية ، بذات درجة الحتم الملازم للحقائق الطبيعية • وبذلك تتغلب أيضا على الحقائق التاريخية لكى تكون أساسا للحقائق المثاليــة التى تستهدف الكمال (٢) •

رابعا — الحقائق المثالية :

٥٧ — وهى عنصر رابع يضاف الى العناصر الثلاث السابقة ، وهى عنصر مؤثر فيها جميعا ، وشامل فى مداه ، ومهم فى مضــمونه : المعطى المثــالى •

ويرى جينى أن آمال الانسانية ، فى التقــدم المستمر للقــانون

---

(١) راجع : جينى ، المرجع السابق ، ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ •

(٢) جينى ، المرجع السابق ص ٣٨٤ •

الوضعى ، تتركز فى الحقائق المثاليـة فهى « المثل العليا التى يترسـمها الانسان للنهوض بالقانون الى مدارج الكمال ، يستلهمها من العاطفـة لا من التفكير ، ومن الايمان لا من العقل ... ففى خارج نطاق التنظيم القانونى الذى تفرضه حقائق الحيـاة ، أو مقتضيات العقـل المستنير بتجارب التاريخ ، تظهر جمـلة اعتبارات ، جثمانية ، نفسية ، خلقيـة ، دينية ، اقتصادية ، وسياسية ، لا تحدد ، بشكل محسوس ، قواعد جديدة للسلوك الاجتماعى بل تتضمن الطريق الذى يجب اتباعه ، أو الاتجـاه الواجب (على الشارع) السير فيه (١) » .

وتعتبر الحقائق السابقة معطيات مثالية بحتة ، فهى لا تمثل حقائق مادية ملموسة أو مقتضيات عقلية ، أو مكتسبات تاريخية ، فهى مجـرد توجيهات نحو التنظيم المرغوب فيه للعلاقات القانونية (٢) . ولهذا السبب فان الحقائق المثالية لا تصطبغ بالصـبغة العلمية بالمعنى الدقيـق . فهى تنطلق من قوى غير واضحة تحت اسم العقيدة أو المشاعر ، لكى تحدد بطريقة مبهمـة ــ ولكن مؤكدة ــ حركة الارادة وما يرتبط بهـا من معتقـدات .

وفى حدود المعنى السابق تدخل المعطيات المثاليـة كأداة لا يمكن اغفالها لتطوير القانون . وهى تحدث هـذا الأثر حين تقـوم بتهذيب النتائج المستخلصة من الحقائق العقلية ، فتقرب الحياة الاجتمـاعية من العـدل الأسـمى ، الذى تتمثـل فيه الآمال العظمى لحـركة الانسان المستمرة (٣) . بل أن الحقـائق المثالية قد تقف فى وجه بعص الأنظمـة القانونية التى فرضتها ، فى وقت من الأوقات ، الطبيعة والعقل ، وذلك حين تتخلف هـذه الأنظمة عن مواجهة التطور الحضارى أو الفكرى . ومن قبيل ذلك أن نظام المسئولية ظل ابان حقبة طويلة من الزمن ، قائما

---

(١) عن : محمود جمال الدين زكى ، المرجع السـابق ، رقم ٣٤ ، ص ٧٠ ، راجع جينى ، المرجع السابق ، رقم ١٧٠ ، ص ٣٨٤ ، ٣٨٥ .

(٢) جينى : المرجع السابق ، ص ٣٨٥ .

(٣) جينى : المرجع السابق ، ص ٣٨٨ .

على فكرة الخطأ الواجب الاثبات ، بحيث يتحمل المضرور كل عبء الضرر اذا لم يقم دليل على توافر الخطأ فى حق شخص معين ، غير أن الفكر القانونى الحديث قد اتجه ، تحت ضغط الضمير الانسانى ، الى توزيع عبء التعويض على أساس تعاون الجميع فى الحياة الاجتماعية وهكذا تبدو الحقائق المثالية كقوة تغيير فى اتجاه أكثر اتفاقا مع ضرورة العصر الحاضر (١) •

تغليب الحقائق العقلية عند جينى :

٥٨ — تكون الحقائق الأربع السابقة الجوهر الذى تقوم على أساسه القواعد القانونية ، وهى تمثل كلا لا يقبل التجزئة • ولكنها لا تقف على قدم المساواة فيما يتعلق بخلق القواعد القانونية • ويعطى جينى الأولوية للحقائق العقلية حيث يرى أن كل الجهود لابد أن تتركز حولها للكشف عن الجوهر الخاص بالقانون •

فالحقائق الطبيعية والحقائق التاريخية ، باعتبارها الأساس الثابت لاعداد القانون لا تحتاج الى أكثر من تسجيلها ، فهى لا تتطلب جهدا ذهنيا أو ملكة قانونية خلاقة • أما بالنسبة للحقائق المثالية ، فانها لاتتدخل فى اعداد القانون الا للسمو بالقواعد القانونية التى يفرضها العقل المستنير بالطبيعة والتاريخ (٢) •

أما العقل ، فهو صاحب الدور الرئيسى ، فالقانون فى جوهره ، عمل عقلى • فمناط الاعداد العلمى لأى قانون انما يكمن فى الجهد العقلى لاستخلاص القواعد الخاصة بالحياة ومن هنا اعتبر جينى أن « القانون الطبيعى » هو المظهر الأساسى للحقائق العقلية •

ولكن هذه التحديدات لا تكفى ، فى حد ذاتها ، لتحديد كل مظاهر الحقائق العقلية ، ويتعين أن نضيف اليها فكرة جوهرية أخرى هى فكرة

---

(١) جينى ، المرجع السابق ، ص ٣٨٨ •
(٢) راجع جينى ، المرجع السابق ، رقم ٧١ ، ص ٣٨٩ وما بعدها •

العـدالة • فهـذه الفكرة هى وحـدها الكفيلة بارساء دعائم النظام والأمن فى الحياة الاجتماعية (١) •

ومفاد القول السابق ، أن جينى يعتبر أن القانون الطبيعى هو المعبر عن المعطيات العقلية الحتمية فى حياة المجتمع ، وأن فكرة العـدالة هى المحور الرئيسى لكل ذلك • ثم يصل جينى الى تحديد معنى العـدالة المقصودة ، فيرى أن أوضح ما قيل فى نشأتها هو نظرية أرسطو (٢) فى التفرقة بين العـدل التبادلى (٣) والعـدل التوزيعى (٤) والعـدل الاجتماعى (٥) •

دور الصياغة فى نشأة القانون :

٥٩ — تمثل المعطيات الأربعـة السابقـة المـادة الأولية لتكوين القانون • ومهما أوتيت تلك العناصر من القوة والفعالية فانها لا تقدم — فى مجال انشاء النظام القانونى الوضعى ، سوى مبادىء عامة مبهمة ، فما يستخلص منها لا يقـدم فى بعض الحالات ، سوى بعض الاطارات الخاوية • لذلك يتعين تكملة واثراء ما تتوصل اليه من نتائج عن طـريق التـدخل الحاسم للنشـاط الارادى للانسان • وهنـا يأتى دور الفن القانونى « أو فن الصـياغة القانونيـة » الذى يصب المـادة الأوليـة المستفادة من الحقائق المختلفة فى قالب يجعلها صالحة للتطبيق (٦) •

تعقيب :

٦٠ — يلاحظ على النظريات السابقة أنها تمثل الاتجاهات المتعددة التى قيل بهـا فى أساس القـانون • فقد جنح بعضها الى نزعة مثالية

---

(١) جينى ، المرجع السابق ، ص ٣٩٠ .
(٢) جينى ، المرجع السابق ، ص ٣٩٠ ، ٣٩١ .
(٣) الذى يحدد علاقة الفرد بغيره من الأفراد .
(٤) الذى يحدد واجبات الجماعة قبل الفرد .
(٥) الذى يحدد واجبات الجماعة قبل الفرد .
(٦) راجع : جينى ، المرجع السابق ، رقم ١٧٧ ، ص ٤٢١ ، ٤٢٢ .

متطرفة ، واتجه بعضها الآخر اتجاها واقعيا ، وأخيرا تبنى فريق ثالث طريقا وسطا يجمع فيه بين العناصر المثالية والعناصر الواقعية .

ويبدو لنا أن رأى الفريق الثالث هو الأكثر اقترابا من الحقيقة وبالتالى الأكثر اقناعا .

ففى المذهب الأول تطرف يباعد بينه وبين حقائق العصر الواقعية . وفى المذهب الثانى جنوح مغرق ، أحيانا ، فى الواقعية ، مما انتهى به الى تجاوز اعتبارات ثبت تاريخيا أنها تلازم الطبيعة البشرية ، وهى الاعتبارات الفكرية والعقائدية (المثالية) . فكما يقول الأستاذ هوريو — وفى قوله ، من الزاوية التى نعرض لها ، بعض الحقيقة — « لقد بدأنا نقتنع بأن الحياة الأخلاقية للانسان لا تخضع لكثير من التجديد ، بل انها تبقى على حالها ، حافظة لذاتيتها ، مستندة الى مجموعة محدودة من المفاهيم التى لا تتغير مضامينها (١) » .

والصحيح فى هذه الفكرة أن هناك ثوابت مثالية وأخلاقية مردها جوهر فى الانسان له مقتضيات لا يرد عليها كثير تغيير مع تطور الزمن . ومن هذه المقتضيات الأساسية حاجة الانسان الى الأمن والاستقرار والعدل .

ولكن الجانب الآخر ، الذى أوضحته النظريات الواقعية لها ، فى عالمنا المعاصر ، على وجه خاص ، أهمية بالغة . ذلك أنه لا يمكن تجاهل العوامل المادية فى صنع أساس القاعدة القانونية . فقد أدت ميكنة الحياة وتطوراتها الاقتصادية والاجتماعية ، فى هذا العالم ، الى ضرورة تطويع القواعد القانونية القائمة على نحو يوائم الحقائق المادية للعصر

---

(١) أشار اليه Colliard فى مقال عن الآلة والقانون مشار اليه فى مؤلف : القانون الخاص عبر القرن العشرين (جزء أول باريس ١٩٥٠) ص ١١٥ .

كما أبرزت أن أى تجاهل لهـذه العوامل انما يؤدى الى آثار سـيئة وخطيرة (١) .

لذلك ، وعلى ضوء التأكيد على أهمية العوامل المـادية والعوامل المثاليـة فى آن واحد ، نستطيع أن نفهم قول العلامة سافينى حيث أعلن « أن القانون هو كل الحياة ولكن مقدرة من وجهة نظر معينة » (٢) ففى الشق الأول من هذه الكلمة تأكيد على مقومات الحياة المـادية وتأثير عواملها المختلفة سكانية ، أو جغرافية أو اقتصادية ، أو تاريخية .. الخ. وفى الشق الثانى تبدو أهمية الجانب العقائدى أو المثـالى . فمقتضيات العوامل المـادية والطبيعية لابد أن تطوع وفق «وجهة نظر معينة» أى وفق النظرة المثاليـة والعقائدية للمجتمع . وقد تأكدت هذه الحقيقة الأخيرة فى ضـوء المفاهيم المختلفة التى نشأت فى ظلها الأنظمة القانونية المتعددة على خريطة العالم (نظم العالم الرأسمالى ونظم العالم الاشتراكى) .

---

(١) راجع : للمؤلف ، نحو نظرة جديدة الى مدخل الدراسة القانونية المقارنة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الثانى السنة السابعة عشر ، عدد يوليو سنة ١٩٧٥ ، ص ٨٤٣ وما بعدها .

(٢) راجع : توفيق فرج ، المرجع السـابق ، رقم ٧٩ ، ص ١٣٦ وما بعدها ؛ حسن كيرة ، المدخل ، رقم ٧٧ ، ص ١٤٨ وما بعدها .

(٣) أشار اليه [illegible] فى مؤلفه : فلسـفة العلوم الاجتماعية (باريس ١٩٠٧) الجزء الثالث ص ٢٠٠ .

الفصل الثالث

التعريف بالقاعدة القانونية

٦١ ــ أشرنا فيما سبق الى أن غاية القــانون هو تحقيق التنسيق والتوازن فى العلاقات الاجتماعية ، وهو يفــرض على الأفراد فى سبيل تحقيق هدفه قواعد محددة للسلوك يلتزمون باتباع مضمونها •

بيــد أن هــذه الغـــاية الاجتماعية لا يمكن تحقيقها فى المرحلة الحالية لتطور المجتمعات البشرية بغير استخدام القوة عند الاقتضاء • وبالتالى كان لابد أن تكتسب قاعدة السلوك صفة تقويمية لا تكتمل لها الفعالية بغــير جزاء توقعــه الدولة ، ويكفــل لقاعدة السلوك عنصرى الاحترام والالزام •

ويتكون القانون ــ كما سلف القول ــ من مجموعة قواعد السلوك تلك ، ولذلك جرى تعريفه على أنه مجموعة القواعد القانونية التى تحكم سلوك الأفراد على وجه ملزم •

فالقاعدة هى « الوحدة » التى يتكون منها القــانون (١) • لذلك لابد فى دراسة فكرة القــانون من تعريف القاعدة القــانونية وبيــان خصائصها •

غير أن المجتمع يعرف قواعد أخرى للسلوك غير القواعد القانونية ، كقواعد الأخلاق والدين والمجــاملات • لذلك يتعــين أن نميز كل من النوعين تمييزا واضحا •

---

(١) راجع : منصور مصطفى منصور ، دروس ، رقم ١١ ، ص ٢٤ •

المبحث الأول

تعريف القاعدة القانونية وبيان خصائصها

٦٢ — يمكن تعريف القاعدة القانونيـة بأنها قاعدة سـلوك عامة ومجردة ، تحكم أوجه النشاط فى المجتمع على وجه ملزم • ومن هـذا التعريف يتبين أن للقاعدة القانونية خصائص ثلاث أساسية :

فهى أولا : قاعدة اجتماعية •

وهى ثانيا : قاعدة عامة مجردة •

وهى أخيرا : قاعدة ملزمة (الاجبار) •

اولا — القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية :

ومرد هذا الوصف هو أن القانون ظاهرة اجتماعية ، فهو لا يتصور الا فى مجتمع ، لأن هدف القانون هو تنظيم العلاقات والوقائع الناشئة عن تعايش أكثر من شخص فى مجتمع على قدر من التنظيم • وفى سبيل تحقيق أهدافه يوجه القانون خطابه الى الأشخاص (الطبيعية والمعنوية) بمـا يفيد اقتضاءه أن تسير تلك العلاقات ، وأن تحدث تلك الوقائع ، فى حدود صورة معينة ، فان حادت عن تلك الصورة تحقق ما نسـميه بالمخالفة القانونية ، وتعين بالتالى توقيع الجزاء •

فالقـانون لا يقـر العدوان مثلا ، وتحقيقا لهـذا المبـدأ صاغ قواعد متعددة منها أن كل من ارتكب خطأ ترتب عليه الاضرار بالغير ، التزم بتعويض هذا الغير عما لحقه من أضرار • كما نص على أن كل من قتل نفسا عمدا مع سبق اصرار وترصد يعاقب بالاعدام ••• الخ •

لذلك قيل بحق أن القـاعدة القانونية قاعدة تقويميـة (١) • فهى

(١) راجع : حسن كيرة ، المرجع السـابق ، رقم ٧ و ٨ ، ص ١٨ وما بعدها ؛ نعمان جمعة ، دروس فى المدخل للعلوم القانونية (١٩٧٦/٧٥) ص ٣٧ .

تستهدف توجيه سلوك الأفراد نحو انماط محددة • فاذا تحقق التطابق بين السلوك ومضمون القاعدة القانونية تحققت غاية القانون بطريقة مثالية • واذا لم يتحقق التطابق المذكور ، تكفل الجزاء بزجر المخالف حتى لا يعود ، وردع غيره من اتيان ذات المخالفة •

ويترتب على التحديدات السابقة عدة نتائج أهمها :

١ ــ أن قواعد القانون الوضعى تختلف عن قواعد العلوم التجريبية كالطبيعة والكيمياء ، ففى هذه القوانين الأخيرة تتضمن القواعد وصفا لحقيقة العلاقات بين الظواهر المختلفة • وهو ما نلاحظه فى صدد قوانين الغليان ورد الفعل مثلا • ففى هذه الحالات يعبر القانون التجريبى عن علاقة حتمية بين غليان الماء ودرجة حرارة المائة ، أو بين الفعل ورد الفعل •

أما قواعد القانون الوضعى فهى ، كما سبقت الاشارة ، تضع تصورا ، لما يجب أن تكون عليه العلاقات الوقائع الاجتماعية ، فى أطار مثل عليا وقيم يسعى المجتمع الى تحقيقها (١،٢) •

٢ ــ أن القانون فى صياغته لقواعده وأهدافه انما يتعامل مع الواقع الاجتماعى متمثلا فى عنصرين أساسيين : العنصر البشرى وعنصر الحقائق المادية ، والاقتصادية ، والاجتماعية ، والسياسية ••• الخ •

لذلك أصبح من المسلم به اعطاء أهمية بالغة للربط بين القانون والظواهر الانسانية والاجتماعية المختلفة • لذلك اتجهت الدراسات الحديثة الى دراسة علم النفس (خاصة فى مجال القانون الجنائى) ، وعلم الأخلاق ، وعلم السياسة والاقتصاد السياسى ، وعلم الاجتماع(٣)•

---

(١) راجع جلال العدوى ومصطفى الجمال ، المرجع السابق رقم ١٢ ، ص ١٧ ، ١٨ ؛ حسن كيرة المدخل ، رقم ٧ ، ص ١٨ •

(٢) قارن : نظرية كلسن عن القانون البحث السابق عرضها •

(٣) راجع : شمس الدين الوكيل النظرية العامة للقانون (١٩٦٤) رقم ٢٦ وما بعدها ، ص ٩ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق رقم ٥ ص ١٦ ، ١٧ •

٣ — أن القواعد القانونية لا تضم كافة قواعد السلوك الاجتماعى، فالمجتمع لا يقتصر فى ضبطه وتنظيمه لسلوك أفراده على القواعد القانونية • بل يعتمد ، الى جانب ذلك ، على قواعد أخرى متعددة ، كقواعد الدين والأخلاق والمجاملات •

٤ — وتتميز القاعدة القانونية ، كقاعدة اجتماعية ، بأنها تهتم ، أساسا ، بالسلوك الخارجى للانسان • اذ لا شأن لها ، من حيث المبدأ ، بالمشاعر والاحساسات الداخلية ، فهذه الأخيرة لا سلطان للقانون عليها ، على فرض منافاتها للمثل العليا للمجتمع ، طالما أنها تقتصر على مجال الشعور الداخلى ولم تتعد ذلك الى تحريك سلوك خارجى يخالف القانون ، كالقتل ، أو السرقة •

ومفاد هذه القاعدة أن القانون يحكم أصلا السلوك الظاهر للأفراد • غير أن القانون قد يعتمد فى بعض الحالات بما وراء هذا السلوك من تصورات أو ارادة داخلية •

ففى مجال القانون المدنى قد يتعرض العقد للابطال اذا وقع أحد المتعاقدين فى غلط (١) مثلا ، كما يعتد القانون بالارادة الباطنة — عند اختلافها عن الارادة الظاهرة ، وذلك اذا أمكن التعرف عليها • كما يتطلب القانون حسن نية الشخص لترتيب آثار قانونية فى حالات عدة •

وفى مجال القانون الجنائى ، اذا ارتكبت جريمة كالقتل ، فان الأمر يختلف باختلاف الحالة النفسية للقاتل • فمن الأمور الجوهرية أن نتبين ما اذا كان القاتل قد دبر جريمته وصمم عليها قبل ارتكابها ، أم أنه قد ارتكب فعله عن طريق مجرد الخطأ • وواضح أن درجة الجرم ، وبالتالى قدر الجزاء ، يتعين أن يختلف فى الحالة الأولى عنه فى الحالة الثانية (٢) •

---

(١) وهو تصور أحد المتعاقدين لأمر على خلاف حقيقته مما دفعه الى التعاقد راجع مادة ١٢٠ مدنى •

(٢) راجع : عبد الحى حجازى المدخل لدراسة العلوم القانونية — القانون — الكويت ١٩٧٢ رقم ٦٩ ص ١٠٠ و ١٠١ ؛ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، رقم ٥ ص ١٧ •

ثانيا : القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة :

٦٣ — ويقصد بهـذه الخاصة أن القاعدة القانونية توجه خطابها الى كافـة الأشخاص الذين تتوافر فيهم شروط انطباقها • فالقـاعدة القانونية لا تخاطب فردا بعينه أو مجموعة من الأفراد المعينين بذواتهم • فليس من المتصور عملا أن تواجه القاعدة كل ما يحدث فى المستقبل من فروض وحالات فردية بصفتها تلك ، لأن مثل هـذه المحاولة محكوم عليها بالفشل مقدما • لذلك يتعين أن يتحدد مضمون القاعدة القانونية وفقا لأسس موضوعية مجردة •

ولكن الخاصة السابقة لا تعنى تطبيق القاعدة القانونية بغير تميز ، على كافة أفراد المجتمع وفى كل الأوقات • فالمقصود بالعمومية هو أن تطبق القـاعدة على كل شخص يوجـد فى ذات الظروف التى تحكمها القاعدة القانونية ، وتتوافر فى شخصه شروط تطبيقها • فحين يحـدد القانون سـن الرشد بواحد وعشرون عاما ، فان مفاد هـذه القاعدة أن ناقص الأهلية اذا أجرى بعض التصرفات التى تبلغ حدا من الخطورة (كالبيع مثلا) وقعت تصرفاته قابلة للبطلان ، فى حين تقع ذات التصرفات صحيحة اذا أجراها الولى أو الوصى (البالغ الرشـيد) لحساب ناقص الأهليـة •

وتحقق العموميـة المشـار اليهـا مبدأ المسـاواة بين المخاطبين بأحكام القانون • فحين يقرر الدستور المبدأ المذكور ، فان أهم مظاهر تطبيقه أن يكون المواطنون سواسية أمام القانون •

ولا يتحقق ذلك الا اذا تمت صياغة خطاب الشارع وفـق شروط موضوعية محددة بطريقة مجردة مسبقة (١) •

---

(١) راجع : مارتى ورينو ، المرجع السابق ، رقم ٣٣ ، ص ٥٦ ، ٥٧ ؛ روبييه ، النظريةالعامة للقانون ، ١٩٥١ ، رقم ٤ ، ص ٢٥ وما بعدها ؛ ستارك ، القانون المدنى ، المقـدمة ، ١٩٧٢ ، رقم ٤٤ وما بعدها ص ٢١ وما بعدها .

وتتحقق صفة العمومية ، بغير شك ، اذا انصرف خطاب القاعدة الى كل من تتوافر فيهم شروط انطباقها ، من بين كافة المتيمين على أرض الدولة • فقانون التجنيد يوجه خطابه الى كافة المواطنين الذين تتوافر فيهم الشروط الخاصة بالسن والجنس واللياقة البدنية الواردة فيه • كذلك الحال بالنسبة لكافة القوانين المنظمة لحماية أرواح الناس وأموالهم •

كما تتوافر تلك الخاصة أيضا اذا انصرف خطاب القاعدة القانونية الى أفراد طائفة محددة من بين طوائف المجتمع كلما كان مناط انطباقها على أفراد هذه الطائفة هو توافر شروط موضوعية وضعتها القاعدة • ومثال ذلك القوانين المنظمة لمهنة المحاماة أو التجارة ••• اد تبقى صفة العمومية قائمة طالما أن خطاب القانون موجه الى من توافرت فيه شروط معينة أو أوصاف محددة • وليس موجها الى شخص بعينه أو أشخاص محددين بذواتهم (١) •

ولا تعنى صفة العمومية المشار اليها ، وجوب انطباق القاعدة القانونية فعلا على أكثر من شخص واحد فى وقت معين • فقد يحدث ألا تطبق القاعدة سوى على شخص واحد فى فترة زمنية محددة (٢) •

---

(١) راجع : احمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، رقم ٢٥ ص ٤٧ وما بعدها ، توفيق فرج ، المرجع السابق رقم ٤ ، ص ١٨ وما بعدها ؛ جميل الشرقاوى ، دروس فى أصول القانون (المدخل لدراسة القانون) ١٩٧٢ ، رقم ٩ ، ص ٢٦ وما بعدها ؛ حسن كيرة ، المدخل رقم ٩ ص ٢٠ وما بعدها ؛ شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، رقم ١١ ، ١٨ وما بعدها ؛ عبد الحى حجازى ، المدخل (١٩٧٢) رقم ٨٣ ص ١٣٢ وما بعدها ؛ عبد المنعم البدراوى ، مبادىء القانون ، رقم ٧ ، ص ١٤ ؛ عبد الودود يحيى ، المدخل ، ص ١٤ وما بعدها ؛ محمد لبيب شنب ، مذكرات فى المدخل لدراسة القانون رقم ١٦ ص ٢٢ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، رقم ٣ ، ص ٨ وما بعدها ؛ منصور مصطفى ، المرجع السابق رقم ١٣ ، ص ٢٥ وما بعدها ؛ نعمان جمعة ، دروس فى المدخل (١٩٧٥ — ١٩٧٦) ص ٣٨ وما بعدها •

(٢) جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٢٧ ، ٢٨ •

ومع ذلك يبقى لمثل هذه القـاعدة وصف العمومية ، ما دامت القـاعدة لم تقصد الشخص لذاته بل لتوافر شروط القاعدة القانونية فيه . ومثال ذلك القواعد الخاصة باختيار رئيس الجمهورية ، أو تعيين رئيس المحكمة العليا ، والاختصاصات التى يمارسها كل من يتولى مثل هذه الوظائف .

وينبنى على التحديد السابق ، أن انتفاء وصف العمومية يؤدى الى انتفاء وصف القاعدة القانونية .

ولذلك فان النص الذى يضع شروطا للتعيين فى وظيفة معينة يعتبر قاعدة قانونية لاتسامه بطابع العمـومية ، فى حين أن القـرار الادارى الصادر بتعيين شـخص بذاته ، على درجة تلك الوظيفة ، يعتبر قرارا فرديا . كذلك الحال بالنسبة للنص الذى يقرر أن كل من ارتكب خطأ ترتب عليه ضرر بالغير يلتزم بأن يعوضه عما أصابه،فهـذا النص يضـع قاعدة قانونية عامة ، لا تخص شخصا معينا بالذات . فاذا تحقق الغرض الذى تنظمه وصـدر حكم بالزام المخطىء بتعـويض ما حققه من ضرر للغير ، فان هذا الحكم يعد مجرد قرار فردى .

ومعنى ذلك ، أن وصف العموم لا يتوقف على العدد الذى ينطبق عليه حكم القاعدة القانونية (١) .

وبناء على ذلك ، فان القاعدة القانونية بعموميتها لا تنتهى بانطباقها على حالة الفردية أو أكثر ، بل تواصل مسـيرتها لتنطبق على كل حالة توافرت فيها الشروط الواردة بها . أما القرار الفردى فانه يحقق هدفه ، ويستنفد أثره بتطبيقه على الحالة الفردية التى صدر فى شأنها (٢) .

ويجب أن نلاحظ أخيرا أن هناك بعض التشريعات الفردية تصـدر عن السلطة المختصة باعداد القانون ، ويطلق عليها وصف « القـانون »

---

(١) محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، رقم ٣ ، ص ١٠ ؛ نعمان جمعة ، المرجع السابق ، ص ٤١ .

(٢) راجع : شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، رقم ١٣ ، ص ٣١ .

رغم أنها لا تتضمن قواعد عامة ومجردة • والصحيح أن مثل هذه « القوانين » لا تحمل هذا الوصف الا باعتبار مصدرها الشكلى ، أى لأنها صدرت شكلا عن السلطة التشريعية المختصة باعداد القوانين • ولكنها من الناحية الموضوعية مجرد قرارات تتعلق بشخص معين بالذات، أو بواقعة محددة • ومن قبيل هذه القرارات (موضوعيا) التى تحمل وصف القانون (شكلا) القانون الذى يصدر بمنح امتياز لشركة معينة للتنقيب عن البترول ، والقانون الذى يصدر بمنح معاش استثنائى لأحد الأفراد تقديرا لخدماته للأمة (١) •

اتجاه النظم القانونية المعاصرة الى الحد من نطاق العمومية (٢) :

٦٤ — لا يسع المراقب لتطور النظم القانونية الا أن يلاحظ اتجاها متزايدا نحو خلق قواعد قانونية تستقل بحكم قطاعات معينة من الحياة الاجتماعية والاقتصادية •

ففى ظل القانون الرومانى ، وحتى بداية القرون الوسطى ، كانت الظاهرة القانونية تتمثل بصفة تكاد تكون كاملة ، فى القانون الخاص الذى انحصر بدوره فى قواعد القانون المدنى • وفى وقت لاحق بدأت قواعد القانون العام تتبلور كنظام قانونى مستقل بحكم العلاقات التى تكون الدولة — بوصفها صاحبة سلطة وسيادة — طرفا فيها •

وفى نطاق القانون الخاص ، والقانون المدنى ، ظهر بوضوح التطور نحو التخصيص والتنوع • فمن رحاب القانون الخاص خرجت قواعد القانون التجارى لتصبح فرعا قانونيا مستقلا ومميزا لكثير من المبادىء والنظريات الجديدة ، ثم تفرعت عن القانون التجارى قوانين أخرى مستقلة كقانون التجارة البحرية ، وقانون الملاحة الجوية •

(١) راجع : سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، رقم ١٢ ، ص ٤٢ ؛ روبييه ، المرجع السابق ، ص ٧

(٢) راجع : كولمبل ، المرجع السابق ، ص ٤٧ وما بعدها .

وفى اطار القانون المدنى استقلت القواعد الخاصة بعلاقات العمل وعلاقات الاسكان وعلاقات الاستغلال الزراعى ... الخ .

يضاف الى ذلك جمع من القواعد القانونية التى تستقل بحكم بعض أوجه النشاط المهنى فى المجتمع والتى سبق أن أشرنا الى بعض أمثلتها ، كقانون المحاماة والقوانين التى تحكم الأنشطة المهنية المتعددة ... الخ .

ويرجع السبب فى هذا التخصص والتنوع المتزايدين فى القواعد القانونية الى تطور المشكلات الاجتماعية والاقتصادية فى المجتمع الحديث ، مما يدفع الدولة الى التدخل باستمرار لترتيب الأوضاع الناشئة عنها ، بما يحقق العدالة والاستقرار . فلم تعد الدولة مجرد حارس يضع الحد الأدنى من القواعد القانونية اللازمة لتسيير دفة النشاط ، بل أصبحت جهازا متحركا ومتدخلا ، وهى فى حركتها وتدخلها تتخذ من القانون أداتها الرئيسية لمواجهة التعدد والتنوع بين أوجه النشاط ، المستحدثة ، والدائمة التطور (١) .

ويحقق تنوع القواعد القانونية وتخصصها قدرا من المزايا . فهو يعكس — كما تبين من العرض السابق — مواجهة المراكز القانونية المختلفة بما يناسب كل منها من أنظمة دون أن ينطلق القانون فى سياسة تعميم قد تؤدى الى اجحاف بمصالح بعض الفئات (٢) .

ومع ذلك فان لهذا الاتجاه بعض العيوب ، فقد يؤدى ، اذا تجاوز الحدود الضرورية اللازمة ، الى افتقاد روح احترام المبادىء العامة ، حيث تسعى كل فئة الى أن يكون لها قانونها الخاص بها ، والذى يخلق لها مراكز قانونية متميزة عن مراكز الآخرين (٣) . بل قد يصل الأمر الى حد منح ميزة معينة لشخص معين ، وليس لمجموعة من

---

(١) راجع : كولبل ، المرجع السابق ص ٥٠ ، ٥١ .
(٢) كولبل ، المرجع السابق ، ص ٥١ .
(٣) كولبل ، المرجع السابق ص ٥٢ .

الأشخاص ، كما هو الحال فى نظام الضريبة التعاقدية بين مصلحة الضرائب وأحد المشروعات ، والمسموح به فى فرنسيا[1] ، وهو ما قد يؤدى الى فقد الاحساس بسيادة القانون والعدالة .

ويتزايد الخطر السابق مع زيادة عدد فئات الشعب التى تتمسك بقدر من الاستقلال والتميز الذاتى ، وزيادة ضغطها على الحكومات والهيئات التشريعية . خاصة فى ظل النظم الديمقراطية . فهناك المحامون، والأطباء بكافة فئاتهم ، والمهندسون ، والصيادلة ، والموثقون ، والمحضرون ، ورجال الفن والمحاسبون [2] ، والزراعيون ... الخ . ولكل من هذه الفئات مطالبها الخاصة وآمالها المستقلة .

القاعدة القانونية قاعدة ملزمة (عنصر الاجبار) :

٦٥ ــ أشرنا من قبل الى تميز القواعد القانونية بوجود جزاء منظم يوقع على من يخالفها ، وأن الدولة هى التى تشرف على تطبيقه .

فالقانون هو وسيلة الانضباط فى تسيير الحياة الاجتماعية . لذلك فان الانسان ، فى دائرة النشاط المالى ، أو فى وجوده فى نطاق نظم قانونية تنظم علاقاته بأفراد أسرته ، يجب أن يخضع ، عند مخالفته القواعد القانونية ، لرادع [3] محسوس ، يصيبه فى جسده [4] ، أو فى حريته [5] ، أو فى ماله [6] ، وهو ما تتكفل فكرة الجزاء بتحقيقه .

وقد صاحبت فكرة الجزاء فكرة القانون منذ مولده (فى صورة الأعراف السائدة فى المجتمعات البدائية والقبلية) . وقد تطور أمره

---

(١) كولبل ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .

(٢) راجع وقارن G. Ripert فى مؤلفه بعنوان Déclin du Droit 1949 ، رقم ٨

(٣) راجع : دى باسكبيه ، المرجع السابق ، ص ١٥ .

(٤) كعقوبة الاعدام .

(٥) كعقوبة الحبس أو السجن .

(٦) كعقوبة الغرامة أو جزاء التعويض .

الى حد كبير ، من مفهومه البدائى (١) ، حتى معناه الحديث •

ففى المجتمعات البدائيـة والقبلية ، شاع نظـام الأخذ بالثـأر والانتقام من المعتدى ، سـواء فى نطـاق الاعتـداء على الأشخاص ، أو فى نطاق الاعتداء على الأموال (٢) اذ كان على ابن المعتـدى عليه أن يلجأ ، سـواء بمفـرده ، أو بعون قبيلته أو أصـدقائه (٣) الى الانتقام من المعتـدى •

ففى المراحل الأولى لنشأة المجتمعات المذكـورة اعتبر الثـأر والانتقـام أمرا مشروعا تمـاما • ثم تطـور الأمر فى بعض المراحـل الى حصر الثـأر فى جرائم الاعتداء على الأشخاص ، فى صورة القصاص من الجـانى بمثل ما اعتدى به على المجنى عليه • فاذا كان الجانى قد طعن المجنى عليه مثلا ، فى مكان معين من جسده ، فانه يتعرض لمثل ما فعل فى ذات المكان من جسمه •

أما فى جرائم الاعتداء على الأموال ، فقد عرفت المجتمعات القبلية جزاءات متعددة • ففى جريمة السرقة مثلا ، كان السارق يلتزم برد الشيء المسروق ، وذلك بالاضافة الى دفع مبلغ من المـال أكبر من قيمة المـال المسروق ذاته ، كنوع من الردع فى تطبيق الجزاء (قد يصل الأمر الى حد دفع خمسة أو عشرة أمثال قيمة المـال المسروق) (٤) •

ومع اتجاه المجتمعات القديمة نحو قدر من التنظيم ، بدأت سلطاته

---

(١) راجع : محمود سلام زناتى : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، الجزء الأول : المجتمعات البدائية والقبلية ، ص ٣٦٠ وما بعدها .

(٢) راجع : أحمد سلامة ، المرجع السابق ، رقم ٢٣ ، ص ٥٢ وما بعدها راجع : صوفى أبو طالب . مبـادىء تاريخ القانون الجزء الأول (١٩٧١) ص ٥٥ وما بعدها .

(٣) راجع : صوفى أبو طالب . المرجع السابق . ص ٥٨ ؛ محمود سلام زناتى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٠ ؛ روبييه النظرية العامة للقانون (١٩٥١ باريس) رقم ٥ ، ص ٣٤ ؛ كولمبل ، المرجع السـابق ، ص ٢٨ وما بعدها .

(٤) محمود سلام زناتى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٩ .

الاجتماعية تتدخل لفرض نظام للتحكيم بين الخصوم ، وفقا لاجراءات شكلية محددة ، ثم وصل الأمر ، فى مرحلة لاحقة ، الى حد منع نظام الثأر ومنع صور القضاء الخاص (الذى يعنى أن للفرد أن يأخذ حقه بوسائله الخاصة) . وبذلك وصل الأمر الى أن أصبح القضاء عاما ، أى تشرف الدولة على تنظيمه وتطبيقه بوسائل قانونية محددة (١) . وبذلك اختفى ، بصفة عامة ، حق الفرد فى أن يقتضى ما له قبل الغير بوسائله الخاصة ، بل انه ان فعل ذلك تعرض للمساءلة القانونية . وتطبيقا لذلك قد يعاقب الدائن عن جريمة النصب اذا استخدم وسائل احتيالية لاقتضاء حقه قبل المدين (٢) ، كما قد يعاقب بعقوبة السرقة اذا استولى خلسة على مال من أموال مدينه ، للاحتفاظ به كرهن ، يضمن له الوفاء بدينه عند حلول أجله (٣) . كما حكم بادانة صاحب مزرعة فى تهمة اتلاف مال الغير ، لقيامه باعدام أفواج من النحل ، قدمت من مزرعة جاره وأتلفت زراعته ، حيث كان يتعين عليه ألا يلجأ الى وسائله الخاصة وأن يلجأ الى رفع دعوى لازالة مصدر الضرر ، على أساس مضار الجوار غير المألوفة (٤) .

ومع اقرار مبدأ منع القضاء الخاص ، على النحو السابق ، لا تسمح النظم القانونية الحديثة للفرد بأن يستخدم وسائله الخاصة فى الدفاع عن حقوقه الا فى أحوال استثنائية بحتة ، كحالة الدفاع الشرعى عن النفس أو المال (م ٢٤٢ عقوبات ، المادة ١٦٦ مدنى) والحق فى الحبس (م ٢٤٦ مدنى) (٥) .

---

(١) راجع : حسن كيرة ، المدخل ، رقم ١٣ ص ١٣ و ٣٥ ؛ سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، رقم ١٢ ، ص ٦١ وما بعدها .

(٢) كولمبل ، المرجع السابق ، ص ٢٨ .

(٣) نقض جنائى فرنسى فى ٧ اكتوبر سنة ١٩٥٩ منشور فى داللوز ١٩٦٠ - ١ - ١٠ .

(٤) نقض جنائى فرنسى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦١ منشور فى داللوز سنة ١٩٦٢ - ٧٥ .

(٥) راجع : حسن كيرة ، المدخل ، رقم ١٣ ، ص ٣٦ ؛ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، رقم ٢٤ ص ١٤ ، ١٥ .

٦٦ — فالدولة اذن هى التى تتولى فى العصر الحديث اعمال عنصر الالزام فى القاعدة القانونية ، وهى تتولى ذلك باستخدام وسائل الاجبار التى ينظمها النظام القانونى .

ومع ذلك يتعين أن نلاحظ أن تدخل الدولة لاجبار الأفراد على طاعة القانون لا تعنى أن احترام القانون لا يتحقق بغير استخدام هـذا الطريق فعلا ، فالوضع الغالب هو أن ينصاع الأفراد لحكم القاعدة القانونية من تلقاء أنفسهم وبمحض اقتناعهم ، بحيث يظل الاجبار ، وتوقيع الجزاء ، أوضاعا استثنائية تمثل حالات مرضية عارضة (١) .

ويرجع ذلك الانصياع الاختيارى فى جانب منه الى التربية الأخلاقية لأفراد الجماعة (٢) . ويرجع جانب آخر منه الى وجود الجـزاء ذاته . فالأفراد يتجهون الى احترام حكم القانون لعلمهم بما يتضمنه من جـزاء تقف الدولة على استعداد لتطبيقه بوسائل الاجبار المناسـبة (٣) عنـد الاقتضاء .

صحيح أن هـذه الملاحظة الأخـيرة قد لا ترضى النظـرة المثالية المجردة للانسان ، ولكن القول بعكس ذلك لا يطابق — مع الأسف — حقيقة مستوى النضج الاجتماعى للفرد فى الوقت الحاضر .

ومن ناحية أخرى ، فان الدولة قد تتولى ممارسة سلطتها فى اجبار الأفراد على احترام القانون بطريقة وقائية ، أى قبل حدوث المخالفة فعلا . ومن قبيل ذلك قيـام أجهزة الأمن بالسهر على حمـاية الأمن العـام منعا لارتكاب الجرائم والمخالفات المتعددة . كذلك الحال حين تقـوم تلك الأجهزة بمنع المظاهرات ، أو الاشراف على سيرها — عند حدوثها —

---

(١) راجع : روبييه ، المرجع السابق ، رقم ١٥ ، ص ٣٢ ، ٣٣ .

(٢) راجع : محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، رقم ٢٤ ص ١٦ .

(٣) راجع : عبد الرزاق السنهورى واحمـد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون (١٩٥٠) رقم ١٢ ، ص ١٧ .

بقصـد حمـاية الأرواح والأموال من عبث من يحاول الخـروج على القـانون ٠

٦٦ ــ أما اذا حدثت المخالفة فعلا ــ فانالاجبار يتخذ صور أخرى متعددة يمكن ادراجها تحت ثلاثة بنـود : الأول بند التنفيذ أو الاجبار المباشر (١) ٠ والثانى هو بنـد التنفيـذ البديل للتنفيذ المبـاشر وهو ما يسميه البعض الاجبار غير المباشر (٢) ، او الجـزاء الاصلاحى (٣) ، والثالث هو بند العقوبة بالمعنى الدقيق ، أى التى تتجاوز مجرد التنفيذ المباشر ، ومجرد اصلاح الضرر لتصل الى توقيـع جزاء اضافى يتجاوز ما ترتب على مخالفة القـانون من اضرار :

(ا) الاجبار المباشر :

٦٧ ــ ونقصد به كافة الحالات التى يتم فيها توجيه أحداث الحياة الاجتماعية ، أو مظاهر سلوك الأشخاص ، بما يتفق مع صحيح نصـابها فى حكم القانون ٠ وبتعبير آخر ، فان الاجبار المباشر يستهدف تحقيق التطابق مع النمط الذى يتوخاه النظام القانونى ٠

وقد يتم تحقيق النتيجة السابقة عن طريق احداث تغيير قهـرى فى معطيات الواقع القـائم والمخالف للقـانون ؛ وفى حالات أخـرى يكفى للوصول الى تلك النتيجة مجرد تقرير حكم القانون فى مسألة معينة ٠

الغرض الأول : توجيه احداث الواقع او مظاهر السلوك لتطابق حكمالقانون:

٦٨ ــ فالقانون يسبغ على العقود ، مثلا ، قوة ملزمة بين أطرافها ٠ فاذا التزم شخص بدفع مبلغ من المـال قبل شخص آخر ، ثم حل أجـل

---

(١) Contrainte directe.

(٢) Contrainte indieicte

(٣) Justice reparatrice راجع : روبييه ، المرجـع السـابق ، رقم ١١ ، ص ٣٥ ٠

الوفاء فتخلف المدين عن أداء ما التزم به ، فان للدائن أن يحرك سلطة الاجبار ، المنوطة بالدولة ، عن طريق رفع دعوى الى القضاء يحصل فى نهايتها على حكم قضائى واجب النفاذ • ثم يشرع المحكوم لصالحه فى تنفيذ الحكم جبرا على أموال المدين ، وذلك عن طريق الحجز على أمواله ، ثم بيعها بالمزاد العلنى لكى يستوفى دينه من ثمنها •

— ونعتقد أن كافة صور التنفيذ العينى تندرج تحت أسلوب الاجبار المباشر • فالأصل ، الذى يتفق مع التصور القانونى السليم لعلاقات الأفراد ، هو أن يتم تنفيذ الالتزامات القانونية عينا ، أى أن يؤدى المدين للدائن ذات ما التزم به ، سواء أكان محل الالتزام اعطاء ، أو عملا معينا أو امتناعا عن عمل معين •

— وقد يتم التنفيذ العينى فى بعض الحالات ، بقوة القانون دون حاجة الى تدخل من جانب المدين ، كما هو الحال فى انتقال الملكية فى الأشياء المنقولة المعينة بالذات ، حيث يتم تنفيذ التزام المدين بنقل الملكية (أو بانشاء أى حق عينى آخر) بقوة القانون ، لصالح الطرف الآخر ، وفى ذات لحظة نشوء الالتزام [1] أما اذا تعلق الالتزام بشىء معين بالنوع ، فان المدين يلتزم بالافراز ، حتى تنتقل الملكية الى الدائن • فان تخلف المدين عن القيام بذلك باختياره جاز للدائن أن يستأذن القضاء فى الحصول على شىء من ذات النوع على نفقته •

ويتحقق ذات الفرض السابق فى حالة الالتزام بالقيام بعمل لا يتطلب تنفيذه تدخلا شخصيا من جانب المدين ، كالتزام مقاول ببناء أو ترميم ، والتزام المؤجر باجراء الترميمات الضرورية فى العين المؤجرة • ففى مثل هذه الفروض يستطيع الدائن أن يستأذن القضاء للقيام بالعمل المطلوب على نفقة المدين ، كما أن للدائن أن يقوم بذلك بغير اذن القضاء

---

(١) محمود جمال الدين زكى ، الوجيز فى نظرية الالتزام ، الجزء الثانى ، أحكام الالتزام (١٩٧٤) رقم ١٥ ص ١٨ .

في حالة الاستعجال (١،٢) .

— وفي بعض الحالات يكفي أن يحصل الدائن على حكم من القضاء يقوم مقام تنفيذ المدين لالتزامه (٣) . ومن قبيل ذلك أن بائع العقار يلتزم باتخاذ اجراءات تسجيل العقد لصالح المشترى ، فان امتنع عن القيام بذلك طواعية ، جاز للمشترى أن يقيم دعوى بصحة ونفاذ عقد البيع ، ثم يتولى البائع ، اذا أجيب الى طلبه ، تسجيل حكم القضاء الصادر لصالحه. ويقوم تسجيل الحكم مقام تسجيل العقد . كذلك الحال في حالة الوعد بالتعاقد . فاذا امتنع الواعد عن تنفيذ وعده بابرام العقد الموعود به ، لجأ الدائن (المستفيد من الوعد) الى القضاء للحصول على حكم يقوم مقام هذا العقد .

— أما في الحالات التى يكون محل الالتزام امتناع المدين عن القيام بعمل معين (٤) . فان التنفيذ العينى يعد قائما ما دام المدين ممتنعا عن أداء النشاط أو العمل المحظور عليه ؛ غير أن التنفيذ العينى قد يصبح مستحيلا اذا أخل المدين بالتزامه اخلالا نهائيا لا رجوع فيه ، كما اذا أفشى الطبيب أسرار مريضه فعلا . وفي هذه الحالة لا مناص من الالتجاء الى التنفيذ البديل ، عن طريق التعويض . غير أن هناك فروضا يكون التنفيذ العينى ممكنا مستقبلا ، رغم ما حدث من اخلال من جانب المدين.

---

(١) محمود جمال الدين زكى ، أحكام الالتزام ، رقم ١٦ ، ص ٢٠ .

(٢) راجع المادة ٢٠٩ من القانون المدنى التى تنص على أنه « (١) في الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان ممكنا . (٢) ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين ، دون ترخيص من القضاء » .

(٣) تنص المادة ٢١٠ مدنى على أنه في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام .

(٤) كالتزام الطبيب أو المحامى بعدم افشاء أسرار عملائه ، أو التزام بائع المحل التجارى (بمقتضى شرط في عقد البيع) بعدم منافسة المشترى ، أو التزام الفنان بعدم العمل لدى شركة منافسة خلال مدة معينة ، أو التزام العامل بعدم منافسة رب العمل بعد انتهاء عقد العمل ... الخ .

فقد يكون من الممكن ازالة المخالفة التى حدثت (١) وقد يتيسر وقف المخالفة مستقبلا • واذا تحقق أحد هذين الغرضين ، فان الوضع يعود الى التطابق مع مقتضى حكم القانون • وقد يستخدم القاضى الغرامة التهديدية (٢) للوصول الى هذه الغاية الأخيرة •

— غير أن التنفيذ العينى قد لا يكون ممكنا ، فى بعض الحالات ، الا اذا تدخل المدين شخصيا للوفاء بما يجب عليه • ويرجع ذلك عادة الى طبيعة الالتزام ذاته ، كالتزام فنان موهوب بالغناء ؛ أو برسم لوحة فنية ، أو التزام الوكيل بتقديم كشف حساب لموكله • ففى جميع هذه الفروض لا يتصور التنفيذ العينى الا اذا تدخل المدين طواعية ، ولا سبيل الى اجباره على ممارسة النشاط المطلوب منه الا عن طريق الغرامة التهديدية ، التى قد تفلح فى حمله على تنفيذ التزامه (٣،٤) •

فاذا لم تفلح الغرامة التهديدية فلا مناص من الالتجاء الى التنفيذ البديل عن طريق التعويض •

---

(١) راجع المادة ٢١٢ مدنى التى تنص على انه « اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل واخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب ازالة ما وقع مخالف للالتزام وله أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين » .

(٢) ومفاد الغرامة التهديدية أن يحكم القضاء على المدين بدفع مبلغ من المال عن كل مدة يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه عينا . وتستمر الغرامة الى أن يتحدد موقف المدين بصفة نهائية ، اما بتنفيذ التزامه عينا أو بالامتناع نهائيا عن ذلك التنفيذ .

(٣) بأداء العمل المطلوب فى الالتزام بعمل ، أو بازالة المخالفة ، أو منع تكرارها ، فى الالتزام بالامتناع عن العمل .

ويلاحظ أن النظام القانونى قد يقرر الى جانب الغرامة التهديدية نظام حبس المدين لاجباره على تنفيذ التزامه ، ومن قبيل ذلك فى القانون المصرى ما تجيزه المادة ٣١٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من حبس المحكوم عليه بدين النفقة أو الحضانة ، أو الرضاعة ، أو المسكن ، اذا ثبت للمحكمة أنه يمتنع عن تنفيذ حكم النفقة رغم قدرته على الوفاء . ويعد الحبس فى هذه الحالة وسيلة للاجبار فحسب ، وبالتالى فانه لا يبرىء ذمة المدين ، بل تظل المديونية قائمة فى ذمته ، وواجبة التنفيذ على أمواله .

(٤) راجع : محمود جمال الدين زكى ، أحكام الالتزام ، رقم ١٩ ، ص ٢٤ .

الغرض الثانى : الاكتفاء بتقرير حكم القانون :

٦٩ — ويمثل هـذا الغـرض الجزاءات التى تستهدف « احباط » الأثر الذى قصد الأفراد — أو الفرد — الى تحقيقه خلافا لمقتضى القاعدة القانونيـة .

— ومن قبيل ذلك الحكم بابطال التصرف القانونى الذى توسل به الأفراد الى تحقيق الأثر المقصود . فالقانون يتطلب لقيام العقود توافر مقومات أو أركان معينة هى التراضى على العملية القانونية التى تكون محلا للعقد ، والمحل ، والسبب ، والشكل فى العقود الشكلية (والتسليم فى العقود العينية) . فاذا تخلف ركن من هذه الأركان كان العقـد باطلا بطلانا مطلقا ، أى لا وجود له من الناحية القانونية . ويتحقق ذات الجزاء اذا كان السبب أو المحل غير مشروع . وفى البطلان المطلق يتدخل القاضى لمجرد اعلان حكم القـانون ، أى أنه يكشف عن البطلان ولا ينشئه[1] .

والى جانب مقومات وجود العقود السابقة يفرض القـانون شروطا لصحة العقد ، ويترتب على تخلف أحدها البطلان النسبى ، أى قابليـة العقد للبطلان . وهو جزاء مقرر لحماية أحد طرفى العقد . ولا يجـوز التمسك به الا ممن تقـرر لصالحه ، كما يجوز لهـذا الأخير أن يتنازل عن التمسك به ، باجازة العقد ، فيتأكد وجوده صحيحا . ويتقرر البطلان النسبى لوجود عيب فى ارادة أحـد المتعاقدين (الغلط ، الاكـراه ، التدليس ، الاستغلال) أو لنقص فى أهليته [2] .

— عدم نفـاذ التصرف : ومفاده أن التصرف القـانونى المستوفى لأركانه وشروط صحته ، لا يكون نافذا فى حق الغـير ، بسبب تخلف

---

(١) ويجوز طلب الحكم بالبطلان من كل صاحب مصلحة ، كما يجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه .

(٢) يلاحظ أنه اذا قضى بالبطـلان أو بالفسـخ ، وكان أحـد المتعاقدين قد نفذ التزامه أو جزء منه فان الحكم المذكور يستتبع رد ما تم الوفاء به لمن قام بالتنفيذ .

اجراءات تطلبها القانون لكى يكون التصرف نافذا فى مواجهة ذلك الغير (اجراءات الشهر) .

ـ الفسخ : وهو جزاء يترتب على عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، ففى هذه الحالة يجوز للمتعاقد الآخر أن يطلب الحكم بفسخ العقد ليتحرر هو ـ بدوره ـ من التزاماته المقابلة . واذا تقرر الفسخ فان العقد يعتبر كأن لم يكن من تاريخ ابرامه ، أى أن للفسخ أثرا رجعيا. ولكن هذا الأثر الرجعى لا يطبق فى حالة فسخ العقود الزمنية (كعقد الايجار مثلا) حيث يقتصر أثر هذه العقود على المستقبل دون الماضى (لأن ما مضى من الزمن لا يعود) . لذلك يعد الفسخ فى هذه الحالة انهاء للعقد فى المستقبل ، ولا يؤدى الى اهدار وجوده فى الماضى [١،٢] .

(ب) الاجبار غير المباشر (التعويض) :

٧٠ ـ قد يستحيل التنفيذ العينى بسبب خطأ من المدين ، وقد يتم فى وقت متأخر لذات السبب .

وفى هذه الحالات يقرر النظام القانونى التعويض ، سواء كبديل للتنفيذ العينى ، أو الى جانبه فى حالة التأخير فى التنفيذ .

والأصل فى التعويض أنه وسيلة لجبر الضرر الذى لحق بالدائن ، وبالتالى يتعين أن يغطى كافة الأضرار التى لحقت به « ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب » .

(ج) العقوبة :

٧١ ـ وهى جزاء يتجاوز مسألة الضرر الذى لحق بالدائن ليحقق رادعا اضافيا عن مخالفة القاعدة القانونية . والتطبيق الواضح لهذا

---

(١) أنظر الهامش السابق .

(٢) راجع : عبد الحى حجازى ، القانون (ط الكويت) رقم ٧٤ ص ١٠٩ ، ١١٠ .

النـوع من الجـزاءات فى القانون الجنـائى ، حيث يتراوح الجزاء بين العقوبات المـالية (الغرامة ، المصادرة) والعقـوبة المقيـدة للحـرية (الحبس ، السجن) والعقوبات البدنية (الاعدام) •

ولا تستهدف العقوبة ، كما هو واضح مما سبق ، تعويض الضرر ، بل تستهدف « أساسا » الردع نظرا لأن ما ارتكبه الفاعل يعد اخـلالا بأمن المجتمع وسلامته •

ويجب أن نلاحظ أن ارتكاب فعل واحد قد يترتب عليه جزاء جنائى وجزاء مدنى فى ذات الوقت ، فالضرب المفضى الى العاهة المستديمة ، مثلا ، يعد جريمة جنائية ، يستتبع الحكم على الفـاعل بعقـوبة مقيدة للحرية ، وفى ذات الوقت يؤدى الى مسئولية هـذا الفاعل عن تعويض ما أصاب المجنى عليه من اضرار •

ومجال العقوبة هو فى الأصل القانونى الجنائى • أما فى القانون المدنى فان القـاعدة فيه هى التعويض فى حدود جبر الضرر • ومع ذلك فان هـذا القانون يعرف ، على سبيل الاستثناء ما يسـمى بالعقـوبة الخاصة ، وتتمثل فى الزام محدث الضرر بمبلغ من المـال يتجاوز بكثير قدر الضرر الذى تسبب فيه [١،٢] ومن قبيل العقـوبة الخاصة ما تنص

---

(١) ورغم هذه التسمية التى تثير الخلط مع العقوبة الجنائية ، فان الأمر خاص بجزاء مدنى كما يتضح من المتن ، لذلك فلا يرد على العقـوبة الخاصة ، بداهة ، وقف التنفيذ أو احكام العود ، كما لا تدرج فى الصحيفة الجنائيـة ، وعلى أية حال فالفكرة محدودة فى تطبيقاتهـا ، لأنها تخالف الأصل العام الذى يقتضى أن يكون التعويض على قدر الضرر فحسب .

(٢) ويلاحظ ، من ناحية اخرى ، أن الجزاءات الجنائية ، بالمعنى الصحيح بدأت « تغزو » القانون المدنى ، خاصة مع تزايد القواعد المتعلقة بالمصالح العامة الاجتماعية والاقتصادية ، فى فروع القانون ذات الصـلة الوثيقة بهذا القطاع ، مثل العقوبات المقررة فى قانون الاسكان على تقاضى خلو الرجل أو مقدم الايجار ، والعقوبات الواردة فى قانون العمل على مخالفة رب العمل لكثير من أحكام هذا القانون :

راجـع : Hemard : العقوبات الجنائيـة فى القـانون الخـاص (باريس ١٩٤٦) •

عليه المـادة ٢/٣٤ من قانون الاصلاح الزراعى من جواز الحكم على المؤجر الذى يتقاضى أجرة تزيد عن الحد الأقصى المقـرر قانونا ، بأن يؤدى للمستأجر مبلغا نقـديا ، تقـدره المحكمـة ، بحيث لا يتجاوز ثلاثة أمثال الزيادة التى يثبت أنه تقاضاها من المستأجر (١) .

المبحث الثانى

صلة القانون بالأخلاق والدين

٧٢ — أشرنا فيما سـبق الى أن المجتمع لا يعتمد ، فى ضبطه لما ينشأ بين أفراده من روابط وعلاقات ، عن القواعد القانونية وحدها . فالى جانب القانون توجد قواعد أخرى للسلوك أهمها القواعد الأخلاقية، والقواعد الدينية ؛ فجميع هذه القواعد تحدد أنماطا للسلوك ، وتقتضى من الأفراد الالتزام بالاطار الذى تفرضه فى هذا الشأن .

---

(١) يلاحظ اننا ركزنا ، فى العـرض السـابق ، على فكرة الاجبار والجزاء فى كل من القانون الخاص والقانون الجنائى . ويجدر أن نلاحظ أن هناك أنواعا أخرى من الجزاء فى فروع القانون المختلفة . ففى القـانون الدستورى ، يتخذ الجزاء صورة أكثر اتساعا منه فى غيره ؛ فهو رد الفعل الذى يترتب على مخالفـة قواعد ذلك القانون . وقـد يقتصر الأمر على الجزاءات السياسية كاعمال المسئولية السياسية للوزارة ، أو للوزير ، أمام السلطة التشريعية ، وحق رئيس الدولة فى حل مجلس الشعب ؛ كما قد يتمثل الجزاء السياسى فى مجرد ثورة الراى العام ، بمظاهرها المختلفة من اضطرابات أو مظاهرات .. الخ . ويرجع هذا الاتساع فى فكرة الجزاء السياسى الى اختلاف طبيعة العلاقات التى يحكمها القانون الدستورى عن تلك التى تحكمها الفروع الأخرى .

أما فى القانون الادارى فاننا نجد أنمـاطا جديدة للجزاء تختلف عن الانماط التقليدية ؛ منها فصل الموظف من الخدمة ، الوقف عن العمـل ، الخصم من المرتب ، تأخير الترقية ، الحرمان من العلاوة ، الانذار ، لفت النظر ، كما يشمل الجزاء الادارى الغاء القرارات الادارية المخالفة للقانون ، سحب الترخيص الادارى ، الأمر باغلاق المنشآت التجارية والصناعية التى لم تلتزم بالقوانين واللوائح المختلفة . وفى نطاق القانون المـالى نجد من الجزاءات ربط الضريبة على أساس تقديرى ، مضاعفة الرسوم ، الغرامة ، المصادرة . وفى نطاق القانون الدولى العام نجد من الجزاءات قطع العلاقات السياسية ، قطع العلاقات الاقتصادية ، قطع المواصـلات ، الحصار الاقتصادى ، الحصار العسكرى ، التدخل الحربى .

والصلة وثيقة بين هذه القواعد المختلفة والقواعد القانونية منذ أن وجد المجتمع الانسانى ، وقد كانت المجتمعات القديمة تخلط بينها جميعا . فقد اعتمدت تلك المجتمعات على القواعد الأخلاقية والدينية لفرض السلام الاجتماعى والعدل . بل ان القواعد المذكورة كانت تحقق ، وبحكم تأثيرها العقائدى الحاسم ، هذين الهدفين بأسلوب تلقائى، قد يتعذر ، فى بعض الحالات ، على الوسائل القانونية الوضعية المجردة(١) . فالكذب والسرقة والاعتداء على الأشخاص كلها أفعال تدينها الأخلاق ، وتشجبها مبادىء الأديان ، من قبل أن تتضمنها القواعد القانونية الوضعية . كما أن بعض المبادىء الأساسية فى القانون هى فى الأصل مبادىء أخلاقية ودينية ، وعلى سبيل المثال : مبدأ وجوب الوفاء بالعهود (الالتزامات) ، ومبدأ أن الغش يفسد كل شىء ، ومبدأ التزام المخطىء بتعويض الأضرار الناتجة عن خطئه ، ومبدأ التزام من أثرى على حساب غيره برد ما أثرى به ... فكل هذه المبادىء تمثل اتجاهات أخلاقية ودينية قبل أن تصبح مبادىء قانونية .

وقد ذهب بعض الفلاسفة ، استنادا الى الحقيقة السابقة ، الى المناداة بضرورة أن يستند القانون الى أساس أخلاقى أو دينى . وهو ما نجده ، فى نظرية القانون الطبيعى ، باتجاهيها العقلانى والدينى(٢) .

أولا - القانون والأخلاق :

٧٣ - تتضمن الأخلاق مجموعة من القواعد المثالية التى توصل اليها المجتمع لدعم الخير والحرص عليه ، وقمع الشر ومحاربته ، وتعد قواعد الأخلاق ، على النحو السابق ، أنماطا مثالية للسلوك الواجب الاتباع . ويتعين على الأفراد الامتثال لها ، حتى ولو تعارضت مع رغباتهم ونزواتهم الفردية .

وتقترن القاعدة الأخلاقية بجزاء يتمثل فى رد الفعل الاجتماعى الذى

---

(١) راجع روبيه ، المرجع السابق ، رقم ٦ ، ص ٤١ .
(٢) راجع ما سبق ص ٢٧ وما بعدها .

يتعرض له المخالف • كما أنها تتميز باقترانها بالاعتقاد النفسى فى سـلامة اتباعها (١) •

فحين يدعو المجتمع الفرد الى مساندة الضعفاء مثلا ، فانه يقتضى أولا أن يقوم بواجبات محددة كالمساعدة المـالية بأنواعها المختلفة • ولكن الأمر لا يقف عند هذا الحد ، بل يتعـدى ذلك الى وجوب أن يتصرف الأفراد فى هذا الصدد ، بدافع من العقيدة الأخلاقيـة • فاذا كان الدافع الى عمل الخير هو مجرد الشهرة أو الحصـول على مركز أدبى أو لقب تمنحه الجماعة أو الدولة فان العنصر المعنـوى للعمل الأخلاقى يعـد متخلفا (٢) •

وتستمد القاعدة الأخلاقيـة قوتها من اعتبارات متعددة ، منها أن علاقات الأفراد فى نطاق الأخلاق يخالطها الدافع العـاطفى ، لذلك فان الالتزام ببعض قواعد الأخلاق قد لا يستند ، عند بعض أفراد الجماعة ، الى الاقتناع العقلى ، فقد يستمر الفرد ملتزما بسلوك معين رغم رفضه له من الناحية العقلية البحتة • وفى حالات أخرى كثيرة تتطابق نتائج التأمل العقلى مع نتائج الاحساس العاطفى ، ومع ذلك فليس من الضرورى ، فى هذه الحالة الأخيرة ، أن يكون الالتزام بالخلق قائما على ربط مسبب بين النتيجتين •

يضاف الى ما سبق أن استمرار السلوك على نحو أخلاقى معين فى المجتمع يخلق بذاته اقتناعا جماعيا بوجوب احترامه ، حيث يشترك كل فرد مع الآخرين فى الاقتناع بفكرة معينة أو سلوك محدد ، وهو ما يعطى لهـذا الاقناع الأخلاقى قوة اجتماعية كبيرة ، تفرض ذاتها على السلوك العـــام •

ومفاد هذا القول السابق أن هنـاك تداخلا بين سـلوك الأفراد

---

(١) راجع N. S. Timachef مقدمة للاجتماع القانونى ص ١٤٥ •
(٢) راجع : تيماشيف ، المرجع السابق ، ص ١٤٥ •

والاقتناع بالقواعد الأخلاقية ، ففى حين يستمد الفرد اقتناعه الشخصى من اقتناع الآخرين فان اعتقاده الشخصى يدعو الآخرين الى الاستمرار فى الاقتناع بالسلوك الأخلاقى •

والأخلاق حسب المفهوم السابق ، تتفق مع القواعد القانونية فى أن كل منهما يمثل قواعد سلوك اجتماعية ، كما تتفق الأخلاق مع القانون فى أن كل منهما يسعى فى النهاية الى تنسيق وتنظيم التعايش بين الأفراد •

وفيما عدا أوجه الشبه المذكورة فان هناك فوارق بين الأخلاق والقانون من عدة نواح :

١ — فمن حيث نطاق اهتمام كل منهما ، تسعى قواعد الأخلاق الى تقويم شخصية الفرد والارتقاء بها ، فى حين تهتم القاعدة القانونية بسيادة النظام الاجتماعى من خلال تنسيق الروابط بين الأفراد [1] •

لذلك ففى الوقت الذى يقتصر فيه القانون على تنظيم علاقة الفرد بأمثاله فان الأخلاق تتعدى ذلك الى توجيه واجب الفرد نحو نفسه وما يعتمل فى ضميره من نوايا واحساسات •

ويؤدى هذا الفارق الى انقطاع الصلة . فى بعض الحالات ، بين دائرتى نشاط كل من القانون والأخلاق • فهناك مسائل يعالجها القانون ويهتم بها ، فى الوقت الذى لا تلقى فيه هذه المسائل اهتماما يذكر من جانب الأخلاق • ومن قبيل ذلك قوانين تنظيم انشاء المبانى ، والتى تفرض أن يتم البناء وفق نمط معين ، وفى حدود مساحات محدودة • كذلك بعض قواعد تنظيم المرور ، فالقاعدة التى تلزم الأفراد باتباع الجانب الأيمن لا شأن لها بالمفاهيم الأخلاقية ، ففى كثير من الدول يتم تنظيم المرور على هذا النحو (أغلبية الدول) وفى بعض الدول الأخرى يلتزم

---

(١) راجع روبييه ، المرجع السابق رقم ٦ ص ٤٤ .

الأفراد بالمرور على الجانب الأيسر (بريطانيا مثلا) • ويتحقق ذلك المفهوم بالنسبة لكثير من القــواعد المنظمة لاجراءات مواعيد التقــاضى أمام المحاكم ، وكذلك قواعد تنفيذ الأحكام القضائية (١) •

وعلى عكس ما سبق ، نجد أن من المفاهيم الأخلاقية ما لا يلقى من القانون اهتماما تفصيليا ، كواجب التعاون والمساعدة وفعل الخــير بين الأفراد بصفة عامة •

واتساقا مع هــذه الفكرة يلاحظ أن الأخــلاق تدعو الى مراعاة اعتبارات العدالة بين الأفراد فيما يجرونه من معاملات ماليــة • ومع ذلك فان القانون لا يستجيب فى جميع الحالات لهــذا المفهوم • فان باع زيد شيئا لعمرو بثمن محدد ، ثم تبين أن الثمن غير عادل ولا يتناسب البتة مع قيمــة الشيء المبيع (غبن البائع) ، أو تبين على العكس ، أن الثمن يتجاوز الى حد بعيد ، قيمة الشيء المبيع (غبن المشترى) فان العدل ، والخلق الحميد ، يدعوان الى اعادة التوازن بين الأداءين المتقابلين والى عدم اجبار الطرف المغبون على تنفيذ العقد بحالته الأصلية (٢) • وقد أخذت بعض القوانين بهذا المعنى الأخلاقى ، وتطلبت ، نتيجة ذلك ، عدلا تبادليا يحقق المساواة بين ما يعطيه كل طرف وما يأخــذه • (قاعدة الثمن العــادل فى القانون الكنسى) • ولكن قوانين كثيرة لا تطبق هــذا المبــدأ كقاعدة عامة ، ففى القانون المصرى لا يؤخذ بنظرية الغبن الا فى حالات محددة وبشروط معينة على سبيل الاستثناء ، مثلا : الغبن الذى يجاوز الخمس فى بيع عقار ناقص الأهلية •

غير أن المفاهيم السابقة لا تعنى ، كما سبق أن أشرنا ، انقطاع الصلة بين القانون والأخلاق ، ذلك أن الانسان حين يضع قوانينه فانه يصوغها على ضوء حصيلة تجاربه ومفاهيم القيم التى استقر عليها مجتمعه • لذلك

---

(١) راجع : ستارك ، المرجع السابق ، ص ١٦ •
(٢) راجع : ستارك ، المرجع السابق ، ص ١٥ ، ١٦ •
ص ١٥ ، ١٦

كان من الطبيعى أن تأتى كثير من القواعد القانونيـة معبرة عن مفاهيم أخلاقية استقر عليها المجتمع . فما ينص عليه القانون من أحكام تجـرم القتل والسرقة والنصب وخيانة الأمانة والاختـلاس ... الخ ، ليس الا أقرار للأخلاق الفاضلة .

كما يلاحظ أن الصلة بين القانون والأخلاق تتأكد بمرور الوقت ، فبعض مبادىء المساعدة ومد يد العـون ، التى كانت حتى وقت قريب مجرد واجبات أخلاقية ، تحولت فى بعض التشريعات الى التزامات قانونية محددة ، يدعمها جزاء مناسب عند المخالفة .

لذلك يذكر البعض أنه لا تعارض فى نهـاية الأمر بين القـانون والأخلاق فمثل هـذا التعارض لن يوجد الا اذا تطلب القـانون أمورا لا تقرها الأخـلاق ، وهو أمر لم يحـدث ويستبعد حدوثه . فالقواعد القـانونية والقـواعد الأخلاقيـة تصـدر جميعا وفق منظـور الخير الاجتماعى (١) .

٢ ــ من حيث الجزاء ، تتميز القاعدة الأخلاقية بأن جزاءها ــ على خلاف القاعدة القانونية ــ لا تقوم أجهزة الدولة الرسمية على تطبيقه ، بل يقتصر أمره على تأنيب الضمير ، ورد الفعـل الاجتماعى المتمثـل فى الازدراء والتوبيخ .

ويرجع هـذا الاختلاف الى الاختـلاف فى الطبيعة بين القـواعد الأخلاقية والقواعد القانونيـة ، فالأولى تتجـه بخطابها الى الانسان فى وجوده الفردى ، فى حين أن الثانية توجه خطابها الى الفـرد فى وجوده الاجتماعى ، أى مرتبطا بالآخرين من خلال الوقائع والأحداث والروابط التى تنشأ بينه وبينهم .

٣ ــ من حيث الصياغة ، توضع القاعدة القانونيـة فى اطار صياغة

---

(١) راجع : روبييه ، المرجع السابق ، رقم ٦ ص ٤٧ .

محددة وواضحة .. أما القواعد الأخلاقية فتتمثل فى مبادىء عامة تستقر فى ضمائر الأفراد ووجدانهم ، وبالتالى فان درجة الاستجابة للقواعد الأخلاقية تتفاوت من شخص الى آخر (١) .

ثانيا — القاعدة القانونية والقاعدة الدينية :

٧٤ — الدين هو مجموعة المبادىء التى يعتقد جمع من الناس أنها صدرت عن الله سبحانه وتعالى ، وتصدر هذه المبادىء فى صورة أوامر باتباع بعض أنماط السلوك ونواه باجتناب أخرى ، مع ربط هذه الأوامر والنواهى بجزاء يوقع على المخالف .

وتتفق قواعد القانون مع قواعد الدين فى أن الهدف النهائى لكل منهما هو تنظيم المجتمع الانسانى ورفاهيته .

غاية الأمر أن وسيلة الدين الى تحقيق هذا الهدف تعتبر أوسع نطاقا . فالدين لا يقتصر على تنظيم علاقة الفرد بغيره ، بل يتجاوز ذلك الى تنظيم علاقته بربه وعلاقته بنفسه ، كل ذلك سعيا وراء كمال الانسان وسموه .

غير أن فروقا أساسية تميز بين كل من النوعين :

١ — من حيث نطاق اهتمام كل منهما ، هناك كثير من الأمور لا يعنى القانون بتنظيمها ، فى حين توليها الأديان عناية فائقة ، فالدين يهتم بالبواعث والنوايا فى حد ذاتها ، ولو لم ترتبط بسلوك خارجى ، فالدين يدعو الى المودة وتجنب المشاعر السيئة تجاه الآخرين . قال تعالى : « ربكم أعلم بما فى نفوسكم ان تكونوا صالحين فانه كان للأوابين

---

(١) يلاحظ أن القواعد القانونية تختلف أيضا عن ما يسمى بقواعد المجاملات وهى مجموعة من المبادىء التى تستهدف جعل الحياة أكثر رقة وتهذيبا ، وذلك بدعوة الأفراد الى بذل مزيد من العناية المتبادلة فى المناسبات المختلفة ، كالتهنئة فى المناسبات السعيدة ، وعيادة المرضى ، واداء واجب العزاء ، فالمجاملات اقرب الى الكماليات التى أصبحت لازمة لسعادة الانسان واستمرار ارتقاء شعوره وسعيه الدائم الى التضامن مع الغير .
ومبادى المجاملات تبقى بعيدة عن ضروريات التنظيم القانونى ويتمثل جزاء مخالفتها فى مجرد الاستنكار أو مجرد رد المعاملة بمثلها .

غفورا » وقال تعالى : « وهو الذى فى السماوات اله وفى الأرض اله يعلم سركم وجهركم ويعلم ماتكسبون » .

٢ - من حيث الجزاء ، تعتمد القاعدة القانونية ، كما سبق أن أشرنا، على الجزاء المادى المحسوس الذى يطبق على المخالف بعد وقوع المخالفة مباشرة ، أما الدين فانه يتخذ موقفا يختلف نسبيا . فالمسيحية تركز على الجزاء المؤجل الى الآخرة .

أما الدين الاسلامى فقد جمع بين الجزاء الحال والجزاء المؤجل الى الآخرة .

فالدين الاسلامى يوجه المجتمع الى وضع جزاءات دنيوية فى صدد أوجه المعاملات والأحداث التى تتم بين الأفراد ، وهو ما نجده فى تنظيم المعاملات المالية ، ومسائل الأحوال الشخصية ، ومسائل القانون الجنائى .

يضاف الى ذلك ما تشير اليه بعض آيات القرآن الكريم من جزاءات دنيوية تصيب الجماعة ككل ، كنتيجة للخروج على تعاليم الدين الحنيف، ومن قبيل ذلك قوله تعالى : « أو لم يروا كم أهلكنا من قبلهم من قرن مكناهم فى الأرض ما لم نمكن لكم وأرسلنا السماء عليهم مدرارا ، وجعلنا الأنهار تجرى من تحتهم فأهلكناهم بذنوبهم وأنشأنا من بعدهم قرنا آخرين » .

كل ذلك بالاضافة الى الثواب والعقاب فى الآخرة : « قد خسر الذين كذبوا بلقاء الله حتى اذا جاءتهم الساعة بغتة قالوا يا حسرتا على ما فرطنا فيها وهم يحملون أوزارهم على ظهورهم ألا ساء ما يزرون » . « وما الحياة الدنيا الا لعب ولهو والدار الآخرة خير للذين يتقون أفلا تعقلون » .

٣ - من حيث الصياغة ، نجد أن القانون يضع أحكامه فى اطار قواعد محددة يواجه بها فروض معينة ، أما الأديان فانها تضع أحكامها فى اطار توجيهات ومبادىء عامة فى كثير من الأحيان .

الفصل الرابع
مصادر القانون

تمهيـــد :

٧٤ — يقصد بكلمة مصدر فى هذا المقــام المنبع الذى تخرج منه القــاعدة القانونية ، فهو حصيلة الاجابة على سؤال : من أين تأتى هذه القاعدة ؟ وتختلف الاجابة على هذا السؤال باختلاف مقصد السائل . فقد يرمى الى تحديد المصدر من زاوية تاريخية Historique وذلك بالبحث عن الجذور التاريخية التى تستند اليها القــاعدة القانونية ، متى وكيف نشأت ، ومراحل تطورها حتى وصلت الينا فى صورتها الحالية . وتساهم هذه الدراسة فى فهم وتفسير القاعدة بوضعها الحالى . فقواعد القانون المصرى الحالية تستمد بعض أصولها من أحكام الشريعة الاســلامية ، وتستمد البعض الآخر من أحكام القــوانين الأوروبيــة ، خاصــة القانون الفرنسى ، الذى يستند بدوره الى قواعد القانون الرومانى . وبالتــالى فكثيرا ما يلزمنا الرجوع الى قواعد هذه المصادر التاريخية لتفهم مضمون ونطاق قواعد قانوننا الوطنى الحالى .

وقد يتخذ البحث عن المصدر وجهة اجتماعية Sociologique وهنا ينصرف جهد الباحث الى تقصى المعطيات والعناصر الاجتماعيــة المختلفة التى أدت الى خلق القاعدة القانونية . فالقاعدة القانونية ما هى الا حصيلة تجارب المجتمع ووليدة حاجاته الاجتماعية ، ولذلك كان من المفيد أن نحدد دور العــوامل الاجتماعية التى ساهمت فى نشأتها ، ثم نبحث فيما بعــد عن مدى تأثير القــــاعدة القانونيــة على المشــاكل والفروض التى وضعت من أجلها .

أما الزاوية الثالثة فى تحــديد المصــدر فهى البحث عن الوسيلة الشكلية Formel التى تخرج بها القاعدة القانونيــة لتفرض وجودها

الملزم على أفراد المجتمع ومؤسساته . وبمعنى آخر ما هو الطريق الرسمى الذى تمر به قاعدة السلوك الاجتماعى لكى تدخل فى عداد قواعد القانون الوضعى .. ويسمى المصدر مأخوذا من هذه الزاوية بالمصدر الرسمى أو الشكلى للقاعدة القانونية . وتختلف المصادر الرسمية ، ودرجة أهميتها باختلاف مراحل التطور التى تمر بها المجتمعات البشرية .

فقد كان العرف ، ثم الدين ، من أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية ، غير أن تطور المجتمعات وازدياد تنظيمها سياسيا ، وما أدى الى ذلك من رسوخ وازدهار فكرة الدولة ، جعل من التشريع المصدر الرسمى الأول من حيث الأهمية فى أغلب القوانين الحديثة .

وسنقتصر فى هذه الدراسة على استعراض المصادر الرسمية فى القانون الوضعى المصرى ، ثم نتسائل فى النهاية عن دور القضاء فى خلق القواعد القانونية .

المصادر الرسمية للقانون المصرى :

٧٥ — نصت المادة الاولى من القانون المدنى المصرى على ما يلى :

« ١ — تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى نصها أو فى فحواها .

٢ — فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .. ويتضح من هذا النص أن المشرع أراد للتشريع أن يكون المصدر الأصلى الأول والعام ، بحيث تكون كافة العلاقات والروابط محكومة بنصوصه . فاذا تحقق غياب النص التشريعى بصدد علاقة معينة أو واقعة بذاتها ، كان على القاضى أن يبحث عن الحل فى المصادر الأخرى التى حددتها نص المادة الأولى السالفة الذكر ، ووفقا لذات الترتيب الوارد بها . ولذلك فإن غياب النص التشريعى لا يعنى اعطاء القاضى حرية كاملة فى اختيار مصدر استقاء الحل ، بل يجب عليه أن يبحث عن هذا الحل بين قواعد

العرف ، فان لم يجد ففى مبادىء الشريعة الاسلامية فان لم يجد فعليه أن يحكم وفق قواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

وعلى ضوء هذا المنهج السابق ، الذى فرضه المشرع ، قسم الفقه المصادر الرسمية الى مصادر أصلية ومصادر احتياطية ، وقصر الوصف الأول على التشريع ، وأسبغ الوصف الثانى على المصادر الثلاث الأخرى : العرف ، مبادىء الشريعة الاسلامية ثم قواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

والى جانب المصادر الرسمية الواردة فى نص المادة الأولى ، السابقة الذكر ، توجد مصادر أخرى تفسيرية للقاعدة القانونية ، أهمها القضاء . ويلعب هذا المصدر الأخير دورا بارزا ، فى تحديد ، بل وتصحيح ، مسار القاعدة القانونية من الناحية العملية . وقد ثار التساؤل حول مدى اعتبار القضاء مصدرا منشئا للقانون .

ونعرض فيما يلى لهذه المصادر المختلفة وفق ترتيبها السابق .

غير أننا سنبدأ بعرض لفكرة التشريع الدستورى بوصفه الضابط الأعلى الذى يمثل قمة النظام القانونى .

المبحث الأول

القانون الدستورى

٧٥ — يمكن تعريف الدستور بأنه مجموعة القواعد الأساسية التى تنظم الدولة والحكومة ، وحقوق وواجبات كل من الحكام والمحكومين ، والعلاقات فيما بين سلطات الدولة المختلفة : السلطة التشريعية ، والسلطة القضائية ، والسلطة التنفيذية . ويعبر هذا التعريف عن المعنى الموضوعى أو المادى للدستور . فالتعريف السابق يتسم بالعمومية وينصب على بيان موضوعات الدستور بغض النظر على الشكل أو الاجراءات التى تتبع فى شأن نشأته .

أما من الناحية الشكلية ، فيقصد بالدستور مجموعة القواعد التى

تضعها هيئة خاصة ، يتم تشكيلها على نحو محدد يختلف من دستور الى آخر ، ويتعين عند وضعها أو تعديلها اتباع اجراءات (١) تختلف عن اجراءات وضع قواعد القانون العادى (٢) .

والحاقا بالتعريف السابق يميز فقه القانون العام بين الدستور والقانون الدستورى والنظام الدستورى . فحين يطلق اصطلاح الدستور يكون المقصود هو الوثيقة القانونية التى تتضمن القواعد المتعلقة بنظام الحكم فى الدولة فى مرحلة معينة من تاريخها ، والتى تصدر عن الهيئة المختصة باصدارها ، وفقا للاجراءات الشكلية الخاصة (على النحو السابق) . وقد يصدر الدستور فى وثيقة واحدة (٣) ، وقد يصدر فى وثائق دستورية متعددة .

أما القانون الدستورى فهو اصطلاح ينصرف الى المعنى المجرد العام لجوهر المسائل الدستورية ، لذلك يحاول بعض الفقه أن يضيف الى الاصطلاح معنى علمى بالقول بأن القانون الدستورى يتناول الدراسة المقارنة لأنظمة الحكم فى دول متعددة (٤) . أما تعبير النظام الدستورى فيصرفه بعض الفقه الى الغاية التى تستهدفه الفكرة الدستورية فى ذاتها وهى ضرورة خضوع الدولة ومؤسساتها وسلطاتها المختلفة لقواعد

---

(١) يفرق فقه القانون العام بين الدستور الجامد والدستور المرن ، فالأول لا يجوز تعديله الا باتباع اجراءات أشد من أجراءات تعديل القوانين العادية ، أما الثانى (الدستور المرن) فيتم تعديله وفقا لذات اجراءات تعديل القوانين العادية .

(٢) راجع : ثروت بدوى ، القانون الدستورى ، ١٩٧١ ، ص ٢٠ ؛ رمزى الشاعر ، النظم السياسية والقانون الدستورى ، ١٩٧٧ ص ٤٠ وما بعدها ، يحيى الجمل النظام الدستوى فى جمهورية مصر العربية ، ١٩٧٤ ، ص ١١ وما بعدها .

(٣) مثال ذلك الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٨٧٥ حيث صدر فى ثلاث وثائق متتالية خلال العام المذكور : راجع : رمزى الشاعر ، المرجع السابق ص ٥٧ ، ٥٨ .

(٤) راجع وقارن : رمزى الشاعر ، المرجع السابق ، جـ ٥٩ ، حيث يشير الى أن هناك موضوعات دستورية هامة قد تترك للقانون العادى أو للعرف الدستورى ، كالقانون المنظم لأحكام الانتخاب .

قانونية تحكم سيرها ، أى أن الهدف هو الوصف حين يرد على نظام معين لبيان هل نظام دستورى بالمعنى الصحيح أم أنه نظام استبدادى •

لذلك فان وصف نظام ما بالدستورية يفترض ، وفقا للتحديد السابق ، أن تلزم السلطات ، خاصة السلطة التنفيذية ، باحترام القانون ، وألا تتركز السلطات فى يد الحاكم ، بمعنى أن يقوم توزيع للسلطات ، وفصل ، يحقق قدرا من التوازن والرقابة المتبادلة ، تحقيقا للفكرة القائلة بأن « كل من يحوز سلطة يميل الى اساءة استخدامها الى أن يوجد من يوقفه عند حده » •

وأخيرا يقتضى القانون الدستورى وجوب الالتزام المستمر والصارم لأحكام الدستور وعدم الخروج عليها (١) •

طرق وضع الدستور :

٧٦ — وتتعدد طرق وضع الدستور بين أساليب استبدادية وأخرى ديمقراطية •

والأسلوب الأول هو أسلوب المنحة (٢) ، ومن مقتضاها أن يتنازل الحاكم المطلق عن بعض سلطاته بأن يمنح شعبه دستورا ينظم السلطات العامة ويقيدها فى مواجهة الشعب • ويحاول الحاكم ، فى هذا الفرض ، عادة ، أن يتنازل عن بعض السلطات وأن يحتفظ بالبعض الآخر •

وتثبت التجربة التاريخية أن الحاكم المطلق لا يمنح شعبه دستورا بمحض اختياره ورضاه ، وانما يتم ذلك تحت ضغط الحركات الوطنية والديمقراطية فى الدولة • فحين تصل هذه الحركات فى قوتها الى درجة تهدد بقاء الحاكم فى الحكم فانه يحاول أن يتدارك الأمر باعطاء قدر من الديمقراطية (٣) ، ولكنه يحاول ذلك ، عادة ، فى أضيق الحدود ، أو على نحو صورى وغير حقيقى •

---

(١) راجع : عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ، ١٩٥٦ ، ص ٣ ، عبد الفتاح ساير داير ، القانون الدستورى ، ١٩٥٩ ، ص ١٧٣ • رمزى الشاعر ، المرجع السابق ، ص ٦٠ ، ٦١ •

(٢) راجع : رمزى الشاعر ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ •

(٣) يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص ٤٩ •

ومن الدساتير التى صــدرت على النحو السابق الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ والدستور الايطالى لسنة ١٨٤٨ ، والدستور الأثيوبى لسنة ١٩٣١ • وقد اندحر أسلوب المنحة مع ازدهار الوعى الديمقراطى وشيوع مبدأ أن الشعب هو مصدر السلطات •

الأسلوب الثــانى هو أسلوب التعاقد ، ومن مقتضاها ألا ينفــرد الحاكم بوضع الدستور بل تلتقى فى شأنه ارادة الحاكم مع ارادة الشعب، ويتم ذلك عادة بأن يقوم ممثلوا الشعب بوضع مشروع للدستور يعرض على الحاكم ليوافق عليه ويوقعه • وتعتبر هذه الوسيلة نموذجا حديثــا للعقد الاجتماعى ، الذى أشار اليه جان جاك روســو (١) • ومن أمثلة الدساتير التى وضعت على هذا النحو الدستور الفرنسى لسنة ١٨٣٠ (٢) وقد تم التوصل اليه بعد الثورة التى قامت ضد الملك شارل العاشر حيث خلفه لوى فيليب الذى وقع على الدستور كما أعدته الجمعية الوطنيــة الفرنسية •

ومن مزايا هذا الأسلوب أن الحاكم لا يستطيع أن يسحب الدستور أو أن يعدله بغير موافقة ممثلى الشعب (الطرف الآخر فى التعاقد) وبغير اتباع الاجراءات الشكلية المنصوص عليها فى الدستور ذاته •

والأسلوب الثالث هو أسلوب الجمعية التأسيسية ، حيث يتم اختيار ممثلين للشعب على هيئة جمعية تأسيسية تتولى اعداد الدستور واقراره •

فاذا تم هذا الاقرار أصبح الدستور نافذا دون توقف على موافقة الحاكم أو أى سلطة أخرى • وتتسم هذه الطريقة بأنها تحقق أكبر قدر من الديمقراطية فى وضع الدستور ، فأعضاء الجمعية التأسيسية ينتخبون من الشعب بطريق الانتخاب الحر المباشر ، وبالتالى ، يعبرون ، فى قيامهم

---

(١) اندريه هوريو فى : القــانون الدســـتورى والنظم السياسية ، باريس ١٩٦٨ ، ص ٢٨١ .

(٢) راجع : رمزى الشاعر ، المرجــع السابق ، ص ١١٤ ؛ يحيى الجمــل ، المرجع السابق ، ص ٥٣ .

بوضع الدستور ، عن سيادة الأمة . ومن أمثلة الدساتير التى وضعت على النحو السابق الدستور الأمريكي سنة ١٧٨٧ ، حيث تم وضعه فى مؤتمر فيلادلفيا (١) .

اما الأسلوب الرابع والأخير فهو أسلوب الاستفتاء الشعبى ، وتفترض هذه الطريقة أن يتم وضع مشروع الدستور عن طريق لجنة فنية من المتخصصين ، أو عن طريق الحكومة ، ثم يعرض على الشعب للموافقة عليه ، ومن الدساتير التى صدرت بهذه الطريقة الدستور الفرنسى لسنة ١٩٥٨ والدساتير المصرية منذ دستور ١٩٥٦ حتى دستور سنة ١٩٧١(٢) .

غير أن طريقة الاستفتاء ليست بمنأى عن النقد ، فهى ، فى تقديرنا ، لا تصل الى نتائج ديمقراطية الا فى دولة على قدر من الوعى السياسى ، تتوافر لها مقومات النظام الحزبى الكامل ، القائم على حرية المعارضة والمنافسة السياسية الكاملة . أما فى النظم غير الحزبية ، أو ذات الأحزاب الضعيفة ، حيث لا توجد قوى سياسية معارضة ، فان الاستفتاء يصبح مجرد شكل ينتهى الى تكريس الاستبداد السياسى ، بل ويقدم له تبريرا قانونيا ، ظاهرة الاستناد الى ارادة الشعب وحقيقته غير ذلك (٣) .

مبدأ سمو الدستور :

٧٧ — يعتبر الدستور أسمى القواعد القانونية فى الدولة ويتحدد هذا المعنى من زاويتين احداهما موضوعية ، والأخرى شكلية .

فمن حيث الموضوع فان الدستور يقدم أساسا للشرعية فى نظام الدولة بكامله ، فهو الذى يحدد شكل الدولة السياسى ، كيفية الوصول الى الحكم ، اختصاصات السلطات المختلفة وحدود الرقابة المتبادلة فيما بينها .

---

(١) راجع : رمزى الشاعر ، المرجع السابق ، ص ١١٩ وما بعدها ؛ يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص ٥٥ .

(٢) راجع وقارن : رمزى الشاعر ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ .

(٣) وفى هذه الحالة يصبح الاستفتاء وسيلة للخداع السياسى ، على على قدر كبير من الخطورة .

لذلك لا يجوز ابتداء لأية سلطة أن تتنازل عن اختصاصها لسلطة أخرى ، ومن أهم التطبيقات لهـذا المبدأ ما يتعلق باختصاص السلطـة التشريعية • فهذه الأخيرة لا تملك التنازل عن اختصاصها بتشريع القوانين بصفة كليـة ، كما لا تملك التنازل عن هـذا الاختصاص جزئيا الا فى حالات استثنائية ، ووفقا لقيود وضـمانات جوهرية سنعرض لها فيما بعـد (١) •

أما من الناحية الشكلية فان السمو يتحقق فى الدساتير الجامدة ، ومن مقتضاه أن الدستور لا يعدل الا وفقا لاجراءات تختلف عن اجراءات تعديل القوانين العادية ، وبداهة فان اجراءات تعـديل الدستور تكون أشد صرامة وتعقيدا من تلك الخاصة بالقانون العادى (٢) •

ويترتب على السمو الشكلى المشار اليه أن يكون القانون العادى فى منزلة أقل من منزلة القـوانين الدستورية ، بحيث يتعـين أن تحترم الأولى الثانية • وبالتالى لا يجوز للقانون أن يحظر ما أباحه الدستور ، أو أن يبيح ما منعه ، أو أن يعدل ما ورد فيه على نحو لا يتفق مع شروطه وضـمانات • ذلك أننا لو أجـزنا العكس لكان فى ذلك معنى تعـديل الدستور بقواعد قانونية عادية ، وهو أمر يخالف التدرج الشكلى •

---

(١) راجع : موريس هوريو ، الوجيز فى القانون الدستورى باريس ١٩٢٩ ، ص ٢٦١ وما بعدها ؛ جورج بوردو ، مطول العلوم السياسية ، ١٩٥٠ الجزء الثالث ، ص ١٨٢ وما بعدها .

(٢) نصت المـادة ١٨٩ من الدستور المصرى (سنة ١٩٧١) على أن « لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ويجب أن يذكر فى طلب التعـديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية الى هذا التعـديل فاذا كان الطلب صادرا من مجلس الشعب وجب أن يكون موقعا من ثلث أعضاء المجلس على الأقل » وفى جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعـديل ويصـدر قراره فى شأنه بأغلبية أعضائه فاذا رفض الطلب لا يجوز اعادة طلب تعديل المـادة ذاتها قبـل مضى سنة على هذا الرفض » .

المبحث الثانى

التشريع العادى

٧٨ ــ يطلق لفظ التشريع على كل قاعدة قانونية مكتوبة تصدرها السلطة العامة المختصة (١) وفقا للقواعد الدستورية المعمول بها فى الدولة. ويتميز التشريع على هـذا النحو من ناحيتين احداهما شكلية والأخرى موضوعية أو مادية •

فمن الناحية الشكلية : يطلق وصف التشريع على القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة المختصة وفقا للاجراءات التى ينص عليهـا الدستور •

ويسند دستور جمهورية مصر العربية (لسنة ١٩٧١) الاختصاص بسن التشريعات الى سلطة تشريعية تتمثل فى مجلس الشعب « يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ويقر السياسة العامة للدولة والخطة » م ٨٦ من الدستور •

والأصل أن سلطة سن القوانين حكر على السلطة التشريعية فمجلس الشعب وحده يملك اختصاص مناقشة القوانين وسلطة اقرارها والموافقة عليهـا • ولا يجوز للسلطات الأخرى فى الدولة الخـروج على هـذا الاختصاص • فالسلطة التنفيذية تختص بتنفيذ القـوانين والسهر على احترامها ، دون أن تملك سلطة سنها • وتنحصر مهمة السلطة القضائيـة فى تطبيق القانون على ما يعرض عليها من منازعات ، دون أن تخلق قواعد قانونية جديدة • •

أما من الناحية الموضوعية فان التشريع يتميز بذات خصائص القاعدة

---

(١) راجع : حسن كيره ، المدخل ، رقم ١٢٣ وما بعدها ، ص ٢٢٤ وما بعدها ، سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون (١٩٧٤) ، رقم ٨٩ وما بعدها ، ص ٢٩٣ وما بعدها ، نعمان جمعه ، دروس فى المدخل (١٩٧٥ / ١٩٧٦) ص ١٢٧ وما بعـدها ؛ كاربونييه ، القـانون المدنى ، ١٩٦٧ ، ص ٧ وما بعـدها ؛ مارتى ورينو ، القـانون المدنى) الجزء الأول (الطبعة الثانية ١٩٧٢) رقم ٧٨ وما بعدها ، ص ١٤٥ وما بعدها •

القانونية وعلى الأخص صفة العمومية • فالتشريع لا ينطبق على حالات فردية معينة • واذا صدر ، استثناء ، قانون بحالة فردية ، كالقانون الذى يصدر بمنح احتكار لشركة معينة بذاتها ، فان وصف التشريع لا يلحقه الا لأنه صدر وفقا للشكل والاجراءات التى تتبع فى التشريعات بالمعنى الصحيح • أما من حيث المادة فان انتفاء صفة العمومية يحول دون اعتبار مثل هذا القانون تشريعا بالمعنى الصحيح •

٧٩ — ويمتاز التشريع ، على المعنى السابق ، بأنه يؤدى الى صياغة القاعدة القانونية كتابة (١) ، وتحقق هذه الميزة قدرا كافيا من الوضوح فى مضمون القاعدة ، حيث يراعى فى الصياغة أن يكون المعنى محددا ومنضبطا • ويؤدى هذا التحديد ، وهذا الانضباط ، الى الاستقرار فى المعاملات وفى العلاقات القانونية ، اذ يستطيع كل فرد أن يعرف مسبقا الحدود التى يستطيع أن يتحرك فيها بنشاطه وروابطه ، فضلا عن ايضاح ما يرتبه القانون على الاخلال بأحكامه من جزاء •

كما يمتاز التشريع بعمومية سريانه على كافة أقاليم الدولة ، فهو لا يختلف من اقليم الى آخر ، وتحقق هذه الوحدة استقرارا وتجانسا فى حكم المعاملات •

وأخيرا يعتبر التشريع وسيلة سريعة لملاحقة التطورات والمشاكل العاجلة فى المجتمع الحديث ، فقد تطرأ ظروف تستدعى قواعد عاجلة ، وهنا تجد الدولة فى التشريع أسرع وسيلة لسن قوانين تواجه بها هذه الظروف •

---

(١) أحمد سلامة ، المدخل (١٩٧٨) ، رقم ٦٤ ، ص ١٠٨ وما بعدها ، توفيق فرج ، المدخل ، رقم ١٣٠ ، ص ٢٠٥ وما بعدها ، عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ، رقم ٩٩ ، ص ١١٨ ، عبد المنعم البدراوى ، مبادىء القانون ، رقم ٦٩ ص ١٠٩ ، عبد الودود يحيى ، دروس فى مبادىء القانون ، ص ٥٩ وما بعدها ، محمود جمال الدين زكى ، دروس فى مقدمة الدراسات القانونية (١٩٦٤) رقم ٣٩ ص ٧٦ وما بعدها ، منصور مصطفى منصور ، دروس فى المدخل رقم ٤٩ و ٥٠ ، ص ٦٧ وما بعدها •

تلك أهم مزايا التشريع ، تذكـر له لترجيـح كفته على غيره من المصادر الأخرى ، خاصة العرف (١) • ولقد أدت هذه المقابلة الى الكشف عما قد يكون للتشريع من عيوب •

فلقد قيل أن التشريع لا يعكس دائما عنصر التلقائية الاجتماعية فى تكوين القاعدة القانونية ، فالدولة هى التى تضع القاعدة وتفرضها ، وقد يؤدى ذلك الى أن يأتى حكمها على غير ما يطابق ظروف الجماعة وارادتها الحقيقية (٢) •

بيد أن هـذا النقد مردود بأنه لا يعكس عيبا فى التشريع فى حـد ذاته بقدر ما يعكس من خلل ممكن للتطبيق الديمقراطى فى بلد معين •• فالمفروض أن يصدر التشريع عن سلطة منتخبة من الشعب وممثلة لارادته، وبالتالى منفذة لمقتضيات ظروفه وحاجاته •

والنقد الثانى يتحصل فى أن القاعدة التشريعية قاعدة جامدة لأنهـا مكتوبة بألفـاظ محددة ليس من اليسير تطويرها بما يكفل مواجهـة الظروف الجديدة فى المجتمع •

وهذا النقد مرفوض بدوره ، ذلك أن وسائل تفسير القـاعدة القانونية تسمح عادة باعطائها قدرا من المرونة فى التطبيق لمواجهة ما قد يجد من أوضاع ، مع ملاحظة أن النص المكتوب يضع اطارا عاما للتفسير يتحدد بمقتضيات الاستقرار •• هذا فضلا عن أن تعديل التشريع أو الغائه لم يعد ، حين تقتضيه الضرورة ، اجراءا معقدا •

وسنتناول أهم المسائل المرتبطة بالتشريع فى أربعة مطالب ، فندرس فى المطلب الأول المراحل التى يمر بها سن التشريع ونفاذه ، ثم نعرض فى

---

(١) راجع فى الموضوع : عبد المنعم البـدراوى ، مبادىء القـانون ، رقم ٦٩ ، ص ١٠٩ و ١١٠ عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية القانون، رقم٩٢، ص ١١٩ •

(٢) راجع فى الموضوع : عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، ص ١١٩ ، الذى يلاحظ أن الضرر الذى يحتمل أن ينتج عن هذا المـأخذ لا يتناسب البتة مع المزايا الكبرى التى يتضمنها التشريع •

المطلب الثانى لاختصاص السلطة التنفيذية بسن التشريعات الاستثنائية ، ونعرض فى المطلب الثالث للوائح (التشريع الفرعى) ؛ وأخيرا وفى المطلب الرابع نعرض لتدرج القواعد القانونية .

المطلب الاول

المراحل التى يمر بها سن التشريع ونفاذه

٨٠ — يمر التشريع ، قبل أن تكتمل له عناصر الوجـود والنفاذ ، بمراحل متعددة تبدأ باقتراح مشروع القانون وتنتهى بنشره .

مرحلة الاقتراح والفحص :

٨١ — وهى البداية المنطقية للعمل التشريعى . فحين تلمس الحكومة الحاجة الى سن قانون معين فانها تتقـدم بمشروع بعرضه على السلطة التشريعية . وقد تأتى هـذه المبادرة من جانب عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الشعب « لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب حق اقتراح القوانين » (١) وعندما يقدم المشروع على النحو السابق فانه يحال الى احدى اللجان المختصة لفحصه وتقديم تقرير عنه (٢) . ويكتفى بهـذا الاجراء الأخير اذا كان المشروع مقدما من الحكومة ، أما اذا كان المشروع مقدما من جانب أعضاء مجلس الشعب فيتعين عرضه على لجنـة خاصة للنظر ، من حيث المبدأ ، فى جواز نظره من عدمه ، على أن يعرض رأى هذه اللجنة على المجلس ليقرر بدوره احالة المشروع الى لجنة الفحص أو رفضـه (٣) .

والغرض من احالة مشروعات القوانين الى اللجنة المختصة هو توخى الجدية فى فحصها من جانب أشخاص محدودى العدد (أعضاء اللجنة) ويتمتعون غالبا بخبرة وتخصص فنى . لذلك تعـد تقارير اللجان خـير عون للمجلس فى مناقشة مشروعات القوانين لرفضها أو اقرارها .

---

(١) مادة ١٠٩ من الدستور .
(٢) مادة ١١٠ من الدستور .
(٣) مادة ١١٠ من الدستور .

مرحلة المناقشة والتصويت :

٨٢ — بعد أن تعد اللجنة المختصة تقريرها عن مشروع القانون تقوم بعرضه على المجلس ، لكن تجرى المناقشة على ضوء ما انتهى اليه التقرير من آراء ونتائج .

ويلاحظ أنه لا يجوز للمجلس أن يتخذ قراراته الا اذا حضر أغلبية أعضائه . وفى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة ، تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للحاضرين ، وعند تساوى الآراء يعتبر الموضوع الذى جرت المداولة فى شأنه مرفوضا (١) .

وعند مناقشة المشروع يجب أخذ الرأى فيه مادة مادة (٢) وهو اجراء حتمى ، حيث لا يجوز اقرار المشروع ككل الا بعد التصويت على النحو المذكور .

وجدير بالذكر أن من حق مجلس الشعب اجراء التعديلات التى يراها على المشروعات المقدمة اليه ، وذلك باستثناء مشروع الميزانية اذ لا يجوز اجراء تعديل فيه الا بعد موافقة الحكومة (٣) .

وتتم الموافقة على مشروع القانون بحصوله على الأغلبية المطلقة للحاضرين .

واذا رفض المجلس مشروع القانون المقدم من الحكومة جاز لها أن تعيد تقديمه أثناء ذات الدورة البرلمانية . أما اذا كان المشروع قد قدم من جانب أعضاء المجلس فان رفضه يؤدى الى حظر عرضه مرة أخرى فى ذات الدورة (٤) .

مرحلة الاصدار :

٨٣ — بعد أن تتم موافقة المجلس على المشروع تقوم أمانة مجلس

---

(١) مادة ١٠٧ من الدستور .
(٢) مادة ١٠٧ من الدستور .
(٣) مادة ١١٥ من الدستور .
(٤) مادة ١١١ من الدستور .

الشعب بارساله الى رئيس الجمهورية لاصداره • ويتم الاصدار بأن يوقع رئيس الجمهورية على مشروع القانون ويصدر أمره الى جهاز السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون واحترام أحكامه (١) •

وبتمام الاصدار يصبح المشروع قانونا قابلا للنفاذ على التفصيل الذى سنذكره عن نشر القانون فى الجريدة الرسمية •

ويعبر الاصدار عن أحد معانى توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية • فالأولى تملك سن القانون ولكنها لا تملك سلطة اصدار أوامر الى عمال السلطة التنفيذية • لذلك كان أمر اصدار (٢) هذه الأوامر من اختصاص رئيس السلطة التنفيذية • ومن هنا أوكل اليه شأن اصدار القانون على النحو السابق • يضاف الى ما سبق أن رئيس الجمهورية بوصفه رئيسا للسلطة التنفيذية لا بد أن يكون له رأى فى القانون وأن يعطى الفرصة لابدائه ، وتحقيقا لهذا المعنى خول الدستور لرئيس الجمهورية حق الاعتراض على القوانين التى ترد اليه لاصدارها (٣) • غير أنه يتعين على رئيس الجمهورية اذا أراد الاعتراض أن يمارسه خلال ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغه بالتشريع من جانب أمانة المجلس •

أما وسيلة الاعتراض فهى رد القانون الى مجلس الشعب خلال المدة السابق ذكرها • فاذا لم يرد القانون على هذا النحو اعتبر قانونا وأصدر (٤) •

أما اذا أعيد القانون الى المجلس خلال المدة المذكورة فيجب على مجلس الشعب أن يوافق عليه مرة أخرى ولكن بأغلبية غير عادية ، وهى أغلبية ثلثى الأعضاء (٥) •

---

(١) راجع : منصور مصطفى منصور ، دروس ، رقم ٥٦ ص ١٠٦ .
(٢) راجع : عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، رقم ١٠٠ ، ص ١٢٦ .
(٣) م ١١٢ من الدستور .
(٤) م ١١٣ من الدستور .
(٥) م ١١٣ من الدستور .

ومفاد ذلك أن حق رئيس الجمهورية فى الاعتراض لا يترتب عليه سوى تأخير اصدار القانون الى أن يقره المجلس مرة أخرى بالأغلبية الخاصة ، وهو ما يفيد أن الكلمة الأخيرة تبقى للسلطة التشريعية بوصفها صاحبة الاختصاص التشريعى الأصيل ، وغاية ما يؤدى اليه الاعتراض هو دعوة المجلس الى اعادة النظر فى مشروع القانون وتأكيد اقراره له مرة ثانية ولكن بأغلبية أكبر (١) .

مرحلة النشر : وقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون :

٨٤ — **اذا** ما تمت مرحلة الاصدار سواء بموافقة رئيس الجمهورية ابتداء أو باستنفاد حق الاعتراض على النحو السابق بيانه ، يصبح المشروع قانونا قابلا للنفاذ .

ومن المقرر أن « لا يعذر المرء بجهله بالقانون » . وتتضمن هذه الصياغة مبدأ من المبادىء الأساسية بالنسبة لاضفاء الصفة الملزمة على القاعدة القانونية ، وتفيد أن الجهل بالقانون ليس عذرا مقبولا للتخلص من الالتزام بأحكامه .

غير أن تطبيق المبدأ المذكور يقتضى ابتداء احاطة الأشخاص علما بما يصدر من قواعد قانونية فى الدولة ، وذلك بأن تعلن تلك القواعد بوسيلة تكفل تحقيق هذا الهدف .

ولا بد أن يتطرق التفكير ، فى هذا المقام ، الى وسائل الاعلام العديدة التى شاعت فى عصرنا الحديث ، والتى يمكن تصور استخدامها لتحقيق العلانية الكافية للقواعد القانونية .

غير أن نظامنا القانونى يقتضى أن تتم علانية القانون بطريق محدد فى الدستور وهو نشر القانون فى الجريدة الرسمية .

وغنى عن البيان أن الجريدة المذكورة هى ، فى الواقع ، أقل

---

(١) لذلك يسمى حق رئيس الجمهورية بأنه حق «اعتراض توقيفى»: راجع : سليمان الطماوى ، السلطات الثلاث (١٩٧٤) ، ص ١٧٩ .

انتشارا ، خاصة بين عموم المواطنين ، من وسائل الاعلام الحديثة . ولكن ذلك لم يغير من موقف الدستور حيث نصت المادة ١١٨ منه (دستور سنة ١٩٧١) على أن تنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم اصدارها ، ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها الا اذا حددت لذلك موعدا آخرا (١) .

ويلاحظ أن هذه الوسيلة ، التى قررها الدستور ، هى الطريقة الرسمية للعلانية (٢) ، فيها ، وبها وحدها ، يتحقق مقصود الدستور ، وبغيرها ، أيا كان قدره من الانتشار ، لا يتحقق الهدف المبتغى .

واذا تم نشر القانون ، على النحو السابق ، افترض علم الكافة بأحكامه . وينطبق هذا الافتراض وفق مساواة شكلية لا تفرق فى الدولة، بين اقليم وآخر أو منطقة وغيرها ، يستوى فى ذلك أن يبعد الاقليم أو يقترب من العاصمة .

كما أن افتراض العلم يسرى على كافة الأفراد ، يستوى فى ذلك المواطن الذى يمارس حياته العادية اليومية مع مريض فى مستشفى أو حبيس سجن ، أو قادم لتوه من خارج البلاد . أيضا لا تميز القاعدة بين من يلم بالقراءة ومن يجهلها (٣) .

وفى المعنى السابق تقول محكمة النقض المصرية أنه اذا كان القانون قد تم نشره فى تاريخ معين « فلا يقبل من أحد الاعتذار بجهله أو اثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلى ... » (٤) .

---

(١) من الحالات التى حدد فيها القانون تاريخا آخر لسريانه ما نصت عليه المادة ٨٨ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستاجر من أن يعمل بهذا القانون من اليوم التالى لتاريخ نشره .

(٢) راجع : عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، رقم ١٠١ ، ص ١٢٧ .

(٣) راجع : محمود جمال زكى ، المرجع السابق ، رقم ٤٧ ص ٨٦ ، مصطفى وعبد الحميد الجمال ، المرجع السابق ، رقم ٣٦ ص ٥٨ .

(٤) نقض مدنى ١٩٦٥/٤/٨ مجموعة أحكام النقض س١٦ ص٤٧٦ .

ويستهدف القدر السابق من الصرامة ، فى تطبيق قاعدة افتراض العلم بعد النشر ، تحقيق تأكيد سيادة التطبيق القانونى على أوسع مدى ، بحيث لا يزعزعه أى ادعاء بمثل ما سبقت الاشارة اليه من احتمالات يتصور التمسك بها (١) •

وافتراض العلم ، على النحو السابق ، كنتيجة للنشر فى الجريدة الرسمية انما يستند الى امكانية العلم الفعلى ، أى أنه ليس افتراضا صوريا بحتا ، لذلك فان تساؤلا يجوز من ناحيتين مختلفتين :

الناحية الأولى تدور حول ما اذا كان من الممكن الالزام بالقانون بعد اصداره ، وقبل نشره ، اذا تيقن حدوث العلم الحقيقى ؟

أما الناحية الثانية فيدور التساؤل فيها على عكس السابقة ، حول ما اذا كان من الجائز عدم تطبيق القانون فى فروض يكون من المؤكد فيها استحالة العلم حقيقة ؟

وقد كشف الفقه والقضاء فى الحالتين عن محاولات لادخال قدر من المرونة على جمود قاعدة افتراض العلم بالقانون المنشور •

اولا : التفرقة بين العلم الافتراضى والعلم اليقينى :

٨٥ ــ من المتصور أن يقال أن القانون يصبح ملزما للسلطات العامة بمجرد اصداره وقبل نشره •• وأن تأخير النشر يؤدى الى عدم الالزام فى مواجهة الأفراد فحسب • والقول بهذا الالزام يستتبع بالضرورة التسليم بنشأة حقوق للأفراد فى تلك المرحلة •

---

(١) لابد أن نلاحظ فى مقام مشكلة النشر فى الجريدة الرسمية المساهمة العملية التى تقدمها المجموعات المتخصصة فى نشر القوانين فى تحقيق أكبر قدر من الانتشار للقوانين واللوائح المختلفة . فهناك مجموعات تصدر عن الوزارات تتضمن القوانين واللوائح الداخلة فى اختصاصها ، وهناك مجموعات نقابة المحامين ومجلة المحاماة ، ومجلة ادارة قضايا الحكومة . والنشر فى هذه المجموعات لا علاقة له بتحديد موعد الالزام بالقانون ؛ ولكننا نشير اليها على أساس مساهمتها فى انتشار العلم الحقيقى أو الفعلى فحسب ، خاصة فى عالمنا المعاصر الذى يعج بالتطورات والتعديلات القانونية المتلاحقة .

غير أن من الصعوبة أن نسلم بالنتيجة السابقة ، ذلك أن الأصل أن نفاذ القانون واكتسابه لقوة الالزام لا يتحققان الا بنشر القانون فى الجريدةالرسمية ، يستوى فىذلك الأفراد والسلطات العامة فىالدولة•فاذا تقاعست السلطة التنفيذية عن نشر القانون فان ذلك قد يرتب مسئوليتها السياسية أمام الرأى العام وأمام السلطة التشريعية ، أما بالنسبة للأفراد فليس أمامهم سوى المطالبة بالتعويض عما يصيبهم من أضرار نتيجة لعدم النشر • وحتىبالنسبة لهذه المحاولة الأخيرة فانه يمكن التشكيك فىامكان اعمال مسئولية الدولة مدنيا على هذا النحو • ذلك أن النشر ، وهو عمل متعلق بالتدابير التشريعية ، يمكن اعتباره ضمن أعمال السيادة (١) •

وقد أثيرت هـذه المسألة أمام محكمـة القضاء الادارى فى مصر فقضت بأن العبرة فى « نفـاذ القـوانين وسريان أحكامها بتاريخ نشرها لا بتاريخ اصدارها ، فقد يصدر القانون فى تاريخ ولكنه لا ينشر الا فى تاريخ لاحق ، ويختلف الاصدار عن النشر فى ماهيته ، فالاصدار عمـل قانونى متمم للقانون ذاته يتضمن أمرين أولهما شهادة رئيس الدولة بأن البرلمـان قد أقر القانون وفق أحكام الدسـتور ، والثانى أمر جميـع الهيئات والسلطات بتنفيذ القانون كل فيما يخصه • أما النشر فانه عمـل مادى يتلو الاصدار ويتم بظهور القانون فى الجريدة الرسـمية للدولة والغرض منه ابلاغ الجمهور بالقانون ليكون على علم به قبل تطبيقه ، فهو شرط لازم لامكان تنفيـذ القـانون ••• أما التفرقة بين علم افتراضى بالقوانين ، وهو علم الجمهور بها بمجرد نشرها ، وعلم يقينى ، وهو علم الوزراء بالقوانين بمجرد اصدارها ، هذه التفرقة لا يعرفها الدستور بل ينكرها •• اذ جعل نفاذ القوانين رهنا بنشرها وذلك بالنسبة الى الناس

---

(١) أعمال السيادة هى الاعمال الصادرة من الحكومة بوصفها سلطـة سياسية لا سلطة ادارية ، وهى تتصل بتنظيم علاقات السلطات الثـلاث أو بالمحافظة على كيان الدولة فى الداخل أو الخارج كاعلان الحرب أو اعلان الأحكام العرفية . وقد استقر الرأى على أن مثل هـذه الأعمال لا تخضع للرقابة القضائية لا الغـاء ولا تعويضا .

كافة دون تفرقة بين حكام ومحكومين » (١) •

٨٦ ــ ومع ذلك فقد أوردت محكمة النقض المصرية تحفظا هاما على المبدأ السابق بالنسبة للوائح المتممة للقوانين والتى تصدرها السلطة التنفيذية بناء على تفويض من المشرع • فقد قضت محكمة النقض بأن هذه اللوائح « تعتبر من قبيل الاجراءات الادارية التنظيمية • واذا كان الأصل فى القرارات الادارية التنظيمية أنه لا يحتج بها فى مواجهة الأفراد الا من تاريخ نشرها فى الجريدة الرسمية وذلك حتى لا تلزمهم بأمور لم يكن لهم سبيل الى العلم بها الا أن هذه القرارات تعتبر موجودة قانونا بالنسبة لجهة الادارة ، ويفترض علمها بها ، من تاريخ صدورها ، فتسرى فى مواجهتها منذ هذا التاريخ ولو لم تنشر فى الجريدة الرسمية • ولا يقبل منها التحدى بعدم نفاذها فى حقها الا بعد نشرها » (٢) •

ثانيا : عدم تطبيق القانون رغم نشره :

٨٧ ــ (١) حالة القوة القاهرة :

ومفادها أنه اذا حالت ظروف قاهرة دون وصول الجريدة الرسمية الى اقليم معين فان المقيمين فى هذا الاقليم لا يلزمون بالقانون الذى تم نشره • ومن قبيل الظروف القاهرة أن يتعرض أحد أقاليم الدولة لاحتلال قوات أجنبية ، أو ينقطع به الاتصال عن سائر الأقاليم الأخرى بسبب ثورة انفصالية ، أوبسبب تعرضه لكارثة ، كفيضان ، أو زلزال ، أو وباء يقتضى فرض حصار حوله بحيث يمتنع الدخول اليه أو الخروج منه •

---

(١) محكمة القضاء الادارى ٣ يناير سنة ١٩٥٠ أشار اليه محمد لبيب شنب : مذكرات فى المدخل لدراسة القانون ١٩٧٥ / ١٩٧٦ ، ص ١٠٨ وما بعدها .

(٢) « واذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر القرار رقم ٤ لسنة ١٩٦٣ الذى أصدره مدير عام مصلحة الجمارك فى ١٩٦٣/٧/١٨ نافذا فى حق مصلحة الجمارك من تاريخ صدوره وطبق أحكامه على الرسالة موضوع النزاع التى وردت فى ١٩٦٣/٧/١٧ فانه لايكون قد خالف القانون» نقض ١٠ مايو سنة ١٩٧٦ منشور فى مجلة قضايا الحكومة عدد ٤ سنة ١٩٧٧/٢١ ص ١٦٥ وما بعدها . والقرار ، المشار اليه فى الحكم ، صدر استنادا الى المادة ٣٧ من قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ بتفويض مدير عام الجمارك .

ففى مثل هذه الظروف يصبح مؤكدا عدم تحقق العلم الفعلى (١) ، وبالتالى يصبح تطبيق القانون على مواطنى الاقليم أمرا مجافيا للعدل .

(٢) عدم توزيع الجريدة الرسمية :

أشرنا فيما سبق الى أن افتراض العلم يقتضى امكانية العلم من الناحية الفعلية ولذلك ثار السؤال حول ما اذا كان مناط هذا الأمر هو مجرد النشر فى الجريدة الرسمية أم أنه لا بد فضلا عن مجرد النشر أن توزع الجريدة فعلا (٢) .

أثير هذا الموضوع أمام القضاء المصرى حيث ذهبت محكمة استئناف القاهرة — بمناسبة تطبيق القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ — الى أن مناط الالزام « ينصب فقط على التاريخ الذى أدرج فيه القانون فى الجريدة الرسمية » وقد أعلنت محكمة الاستئناف هذا المبدأ رفضا لما دفع به بعض الخصوم من أن العبرة فى سريان القانون هى بتوزيع الجريدة الرسمية لا بطبعها (لم تكن الجريدة الرسمية قد وزعت الا بعد حوالى ستة أيام من تاريخ النشر) غير أن محكمة النقض المصرية قضت ، حيث عرض عليها هذا الأمر ، على خلاف مذهب محكمة الاستئناف ، بأنه « لما كان القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣ الصادر فى ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ والمدرج فى الجريدة الرسمية فى اليوم ذاته قد نظم اجراءات أوجب على الكافة اتباعها من تاريخ العمل به ، ونص فى المادة الثامنة منه على العمل بالقانون المذكور من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية ، وكان افتراض علم الكافة بالاجراءات التى أوجبها ذلك القانون مرهونا بعدم قيام أسباب تحول حتما دون قيام هذا الافتراض ، واذا كانت الطاعنات قد دفعن بأنه قد استحال العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمهن لصحيفة الاستئناف الى قلم الكتاب ، وكان الحكم المطعون فيه

---

(١) راجع : نقض ١٩٦٥/٤/٨ ، مجموعة احكام النقض ، س ١٦ ص ٤٧٦ ، نقض ١٩٦٥/٥/١٧ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٦ ص ٦٠٧ .

(٢) راجع : سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ١٩٧٤ ، رقم ٩٧ ، ص ٢١٤ وما بعدها .

قد التفت عن تحقيق هـذا الدفاع فانه يكون مشـوبا بالقصور متعينا نقضـه (١) .

الغلط فى القانون :

٨٨ — قد يقع أحد المتعاقدين فى غلط فى القـانون بمناسبة تصرف قانونى معين ، كأن يبيع وارث حصته فى التركة معتقـدا أنه يرث الربع فاذا به يرث النصف ، ففى هذه الحالة يجوز للمضرور أن يتمسك بالغلط توسلا الى ابطال العقد .

ويرى بعض الفقه أن هذه الحالة تعـد استثناء على قاعدة « عدم جواز الاعتذار بالجهـل بالقـانون » (٢) فى حين يرى البعض الآخر أن الفرض المعروض لا يمثل اعتذار بالجهل بالقانون . ذلك أن من باع نصيبه فى التركة (المثال السابق عرضه) لا يعتذر بالجهل بالقانون بقصد استبعاد تطبيق القواعد القانونية ، وهو ما تحول دونه « قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون » ولكنه على العكس يتمسك بتطبيق القاعدة القانونية الصحيحة ، وبالتالى فان الاعتذار بالغلط فى القـانون يستهدف عكس النتيجة التى يتوخاها من يتمسك بالجهل بالقانون (٣) .

ولذلك فان أى شخص يدعى غلطا فى القانون ويطلب بنـاء عليـه ابطال الاتفاق يتعين أن يجاب الى طلبه ، ما دام يتمسك باعمال القـاعدة

---

(١) نقض مدنى ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٨ ، مجموعة أحكام النقض المدنى س ٩ ص ٦٣٩ .

(٢) راجع عرض الموضـوع : حسن كـيره ، المدخل ، رقم ١٧٥ ، ص ٣٠٤ وما بعدها ؛ وراجع مع المقـارنة سمير تناغو ، النظرية العـامة للقانون ، رقم ١٨٧ ، ص ٦٢١ و ٦٢٢ الذى يلاحظ أن من يتمسك بالغلط فى القـانون وان كان لا يهدف الى الخروج على أحكام الميراث (فى المثـال المعروض فى المتن) الا أنه يهدف الى المساس بمبـدأ القوة الملزمة للعقـد ولا يمكن الفصل بين القانون والعقد .. فالافلات من حكم القانون لا تتحقق فقط والافلات من القـاعدة التى تعلق بها الغـلط ، بل تتحقق بالافلات من أية قاعدة غيرها ، طالمـا أن الغلط الذى تعلق بالقـاعدة الأولى هو سبب الافلات من تطبيق القاعدة الثانية (ص ٦٢٢) .

(٣) راجع : حسن كيره ، المرجع السابق ، الموضع السابق .

القانونية الصحيحة ، أما اذا كان الهدف هو استبعاد القاعدة القانونية فان الأمر لا يجوز لأنه يمثل اعتذارا بالجهل بالقانون .

وتطبيقا لما سبق لا يجوز للمقرض طلب ابطال عقد القرض الذى نص على فائدة تجاوز الحد الأقصى القانونى استنادا الى الغلط فى القانون ، بل يجب أن يظل العقد قائما مع رد الفائدة الى الحد القانون (١) .

٨٩ — ومن ناحية ثانية فان القانون المدنى يعطى لحسن النية مكانا هاما ويرتب على توافره آثارا كثيرة مما يؤدى الى استبعاد تطبيق القاعدة القانونية فى حالة الغلط المرتبط بحسن النية . غير أنه يتعين أن نلاحظ ، فى هذا المقام ، أن الافلات من حكم القانون لا يبرره الجهل بالقانون بمفرده ولكن يبرره بصفة رئيسية توافر حسن النية الذى اقترن بذلك الجهل . ومن أمثلة هذا الوضع الزواج الباطل فى الشريعة المسيحية ، اذ الأصل أن يعتبر الزواج الباطل كأن لم يكن وفقا للمبادىء العامة فى القانون المدنى ، ومع ذلك فقد ابتدع القانون الكنسى ، وتبعته القوانين الغربية الحديثة ، فكرة الزواج الظنى للتخفيف من آثار البطلان . ومن مقتضى هذه النظرية الابقاء على بعض آثار العقد الذى نشأت قبل تقرير بطلانه ، واعتبارها ، فى الفترة السابقة على الكشف عن البطلان ، وكأنها ترتبت على عقد صحيح (٢) ، (٣) ويستفيد ، من هذه القاعدة الزوجان ان كانا حسنى النية (٤) ، فان كان أحدهما فقط كذلك فانه وحده الذى يستفيد .

---

(١) راجع : حسن كيره ، المرجع السابق .

(٢) فلا تعتبر العلاقة الزوجية زنا ، ويعتبر الأولاد شرعيين ؛ ويجوز الميراث بين الزوجين اذا تقرر البطلان بعد وفاة أحدهما .

(٣) أحمد سلامة ، الوجيز فى الأحوال الشخصية ، ١٩٧٥ ، رقم ١٤٠ ، ص ١٨٦ وما بعدها ؛ توفيق فرج أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ، الطبعة الثالثة ١٩٦٩ ، رقم ١٣٦ ، ص ٦٦٤ وما بعدها ؛ سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، رقم ١٨٦ ، ص ٦١٧ و ٦١٨ .

(٤) ويتمثل حسن النية فى الجهل بسبب البطلان ، كأن يتزوج شخص من قريبة له للدرجة الثالثة مع جهله بأن مثل هذه الدرجة من القرابة تبطل الزواج .

٩٠ — ومن ناحية ثالثة فان الغلط فى القانون قد يؤدى الى توافر عيب فى الارادة يسمح لمن وقع فى الغلط أن يطلب ابطال العقد • فقد يتوهم أحد المتعاقدين أمراً جوهريا فى التعاقد على خلاف حقيقته ، نتيجة لغلط فى القانون ، ويكون هذا الوهم هو الدافع الباعث الى التعاقد ، بحيث لولاه لما أقدم على التعاقد • وفى هذه الحالة تقرر المادة ١٢٢ من القانون المدنى أن العقد « يكون قابلا للابطال لغلط فى القانون اذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمواد ١٢٠ و ١٢١ من القانون المدنى [١] وهذا ما لم يقضى القانون بغير ذلك [٢] • ومن قبيل الغلط فى القانون ، على النحو السابق ، أن يتعهد شخص بالوفاء بالتزام طبيعى معتقدا أنه دين مدنى ، أو أن يهب شخص مطلقته مالا معتقدا أنها عادت الى عصمته جاهلا حكم القانون الذى يجعل الطلاق البائن رجعيا بانتهاء العدة (فلاتعود اليه الابعقد جديد) [٣] • ففى جميع هذه الفروض يعد الغلط فى القانون جوهريا لوروده على صفة جوهرية فى الشىء ، أو فى شخص الطرف الآخر ، وأنه أدى الى وجود عيب فى ارادة المتعاقد[٤] •

---

(١) فقد نصت المادة ١٢٠ على انه « اذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له ان يطلب ابطال العقد ان كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه » ونصت المادة ١٢١ على أن يكون الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد على ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط . ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص : اذا وقع فى صفة الشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين .. أو اذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد » .

(٢) فقد نصت المادة ٥٥٦ مدنى على انه « لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون » .

(٣) السنهورى ، الوسيط ، مصادر الالتزام ١٩٥٢ ، رقم ١٧٤ ، ص ٣٠٨ .

(٤) راجع : سمير تناغو ، المرجع السابق ، رقم ١٨٧ ، ص ٦٢١ .
وراجع حكم للدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية فى ٤ نوفمبر ١٩٧٥ — Bull Civ — ١٩٧٥ ص ٢٥٦ رقم ٣٠٧ : حيث قضت بأن الغلط فى القانون يجيز ابطال العقد لعيب فى الارادة أو لما يعنيه من تخلف سبب الالتزام .

ويترتب على المنطق السابق أنه حيث يتعلق الأمر بأوضاع قانونية لا دور للارادة فيها فلا مجال لاعمال فكرة الغلط فى القانون (١) ، (٢) .

امتناع المسئولية الجنائية بسبب الجهل بالقوانين غير الجنائية :

٩١ – تطبيق قاعدة عدم الاعتذار بالجهل بالقانون بقدر من الصرامة أكبر فى القانون الجنائى منها فى القانون المدنى ، يستوى فى ذلك أن يكون الأمر فى صدد جرائم عمدية أم جرائم غير عمدية (٣) .

ومع ذلك فهناك حالات تستند فيها العقوبة الجنائية الى أحكام قانونية غير جنائية فاذا اعتذر المتهم بجهله بهذه الأحكام الأخيرة ، فهل يمكن أن ترتفع عنه المسئولية الجنائية ؟

ومن قبل ذلك أن يجمع شخص بين امرأة وابنة أختها غير عالم بتحريم الجمع بين زوجتين تربطهما صلة القرابة المذكورة .

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى أن الجهل بأحكام أو قواعد قانونية أخرى غير أحكام وقواعد قانون العقوبات – أو الخطأ فيها – يجعل الفعل المرتكب غير مؤثم (٤) .

ويذهب بعض الفقه الى أن هذه الحالة لا تمثل استثناء حقيقيا على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، ذلك أن القاعدة القانونية لا تستبعد بل تظل سارية ومطبقة ، غاية الأمر أن المسئولية الجنائية تنحسر لأن عدم العلم بالقواعد غير الجنائية يؤدى الى انتفاء القصد الجنائى(٥).

---

(١) حكم محكمة النقض الفرنسية السابق الاشارة اليه (٤ نوفمبر سنة ١٩٧٥) .

(٢) راجع وقارن : احمد سلامة ، المدخل ١٩٧٨ ، ص ١٦٨ وما بعدها .

(٣) راجع : نقض جنائى فرنسى ٢٢ يناير سنة ١٩٦٩ منشور فى Bull. Crim. رقم ٤٣ ؛ ونقض جنائى فرنسى ٢ فبراير سنة ١٩٧١ فى J. C. P. ١٩٧١ – ٢ - ١٦٧٩ ؛ و ١٦ مارس ١٩٧٢ فى Bull. Crim. رقم ١١٠ و ٢٤ يوليو ١٩٧٤ فى ull. Crim. رقم ٢٦٧ .

(٤) نقض جنائى ١٩٥٦/١٢/٢٥ ، مجموعة أحكام النقض الجنائى س ١٧ ص ١٣٢١ ؛ و ١٠ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة س ٢٦ – ١٠ .

(٥) راجع : حسن كيره ، المدخل ، ص ٣٠٦ و ٣٠٧ .

غير ان الملاحظة السابقة لا تنفى آن انتفاء المسئولية الجنائية انما يعود الى اقرار الاعتذار بالجهل بالقوانين غير الجنائية ، أى أن الأمر يمثل استثناء حقيقيا على المبدأ المذكور ، فلو كان « مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون مطلقا ، لما جاز للمتهم الاعتذار بقانون الأسرة أو القانون الادارى أو غير ذلك من القوانين ، ولما توصل بالتالى الى نفى ركن القصد فى ارتكاب الجريمة » (١) •

وفى فرنسا ذهبت بعض الأحكام القضائية المذهب السابق ، حث حكمت بأن الغلط فى القانون يمكن أن ينتهى الى براءة المتهم (٢) •

ولكن محكمة النقض الفرنسية عدلت عن هذا المبدأ اعتبارا من سنة ١٩٦١ (٣) •

المطلب الثانى

اختصاص السلطة التنفيذية بسن التشريع (استثناء)

٩٢ ـ أشرنا ، فيما سبق ، الى أن الأصل هو احتكار السلطة التشريعية لمهمة سن التشريعات العادية • غير أن هناك اعتبارات متعددة قد أدت الى الخروج على هذه القاعدة • ومجمل هذه الاعتبارات هو أن ظروفا معينة ، غير عادية ، تقتضى تقوية السلطة التنفيذية ولو لفترة محددة ، تحقيقا لأهداف الدولة العليا • ومن أهم مظاهر تحقيق هذا الهدف اسناد سلطة التشريع لرئيس الجمهورية • غير أن هذا الخروج لابد ، فى المنطق الديمقراطى السليم ، أن تحوطه ضمانات تنأى به عن

---

(١) سمير تناغو ، النظرية العامة ، رقم ١٨٩ ، ص ٦٣٦ .

(٢) نقض جنائى فرنسى ٩ أكتوبر سنة ١٩٥٨ جازيت دى باليه ١٩٥٨ ٣١٩ و ٢٦ يناير سنة ١٩٥٦ فى Bull Crim رقم ١٠٧ ؛ وراجع مقال للأستاذ Couturier : L'erreur de droit invincible en matiére penale, Rev. Science crim. 1968 p. 547.

(٣) نقض جنائى فرنسى ٢٨ فبراير سنة ١٩٦١ فى Bull. Crim رقم ١٢٤ و ٨ ديسمبر ١٩٦٤ فى دالloز ١٩٦٥ ص ٣٩٣ و ٨ فبراير سنة ١٩٦٦ فى Bull. Crim. رقم ٣٦ .

التعسف واساءة استخدام السلطة ، بمعنى أنه لا يجــوز أن يؤدى الى الخروج عن مقتضى المبادىء الأساسية فى حماية حقوق الانسان والحريات الفردية • وبمعنى آخر فان تقوية السلطة التنفيــذية ، كمقتضى لبعض الظروف ، لا يجــوز أن يهــدم جوهر الديمقراطية ، القائم على توازن السلطات والرقابة المتبادلة فيما بينها • وقد أورد الدســتور المصرى سنة ١٩٧١ ثلاث حالات أسند فيها ، على سبيل الاستثناء ، سلطة سن التشريع لرئيس الجمهورية • وهذه الحالات هى : حالة الضرورة ، حالة التفويض ، والحالة التى أوردتهــا المــادة ٧٤ من الدستور • ونعــرض لكل منهــا على حـــدة :

البند الأول

تشريع الضرورة

٩٣ — وقد أوردت هــذه الحالة المــادة ١٤٧ من الدستور « اذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التــأخير ، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القــانون » ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها اذا كان المجلس قائما ، وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته • فاذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون ، دون حاجة الى اصدار قرار بذلك • واذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال بأثر رجعى ما كان لهــا من قــوة القانون ، الا اذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر » •

والنص السابق استخدم تعبير قرارات لهــا قوة القــانون ، وهو تعبير يعنى أن هــذه القرارات ليست قوانين من الناحية الشكلية (١) ،

(١) لذلك يجوز طلب الغاء هذه اللوائح — على أساس انهــا قرارات ادارية ، وقبل أن يقرها مجلس الشعب — أمام مجلس الدولة ، اذا شابها ما يجردها عن المشروعية : وقد قضت فى هذا المعنى محكمة القضاء الادارى بتاريخ ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضــاء

وذلك لصدورها عن السلطة التنفيــذية وليس السلطة التشريعية ، فهى قوانين من حيث الموضوع فحسب • لذلك يطلق عليها بعض الفقه اسم « لوائح الضرورة » ، تعبيرا عن هذا التحفظ السابق (١) •

والأصل أن رئيس الجمهورية لا يصدر تشريعات الضرورة الا فى غيبة المجلس • ولم يذكر النص حالات الغيبة التى أشار اليها • ولذلك فان النص ينطبق فى فترة ما بين أدوار الانعقاد ، كما ينطبق فى فترة الحل ووقف الجلسات ، كما يشمل ، أخــذا بعمــوم النص ، أية حالة أخرى لا يكون المجلس فيها موجودا لأى سبب من الأسباب (٢) •

والنص بعموميته السابقة لايتفق مع مقتضى الانضباط الديمقراطى• حيث يغرى السلطة التنفيذية بالجور على اختصاص السلطة التشريعية فى أوقات قد تستطيع فيه هــذه السلطة الأخــيرة مباشرة اختصاصها على النحو الدستورى السليم (٣) •

وقد قيــد نص المــادة ١٤٧ الحالة السابقة بقيدين آخرين ، همــا قيد الظروف ، ورقابة مجلس الشعب •

وبالنسبة لقيد الظروف ، استخدم النص تعبير « ما يوجب اتخــاذ تدابير لا تحتمل التــأخير » • وهى صياغة تعبر عن حالة الضرورة التى تستدعى هــذا الوضع الاستثنائى • وهو أمر متروك لتقدير السلطــة

الادارى ص ٩ ص ١٩٧١ . غير أن هذا الحكم لا ينطبق الا على اللوائح التى تصدر أثنــاء قيام البرلمــان . أما ما يصدق من رئيس الجمهورية قبــــل انعقاد البرلمــان لأول مرة ، فانها تعتبر قوانين ابتداء لأن رئيس الجمهورية يمارس اختصاصه فى اصدارها نيــابة عن المجلس . وراجع حكم محكمــة النقض فى ١٩٧٢/١٢/٢١ ، أشار اليه سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون، رقم ٩٩ ، ص ٣٢٩ و ٣٣٠ •

(١) راجع : سليمان الطمــــاوى ، القرارات الادارية ، ص ٥١١ ، محمود حافظ ، محاضرات فى المبــــادىء الدستورية العــامة ، ١٩٥٦ ، ص ٤٠٥ •

(٢) راجع : أحمد مدحت على ، نظرية الظروف الاســتثنائية ، رسالة دكتوراه من جامعة القــاهرة ١٩٧٨ ، خاصة ص ١٠٧ •

(٣) راجع الأمثلة التى أوردها أحمد مدحت على ، الرسالة السابقة، ص ١٠٩ ، ١١٠ •

التنفيذية وفقا لملابسات كل حالة . ولا يمكن وضع تحديد مسبق وجامد لقيام الضرورة المشار اليها . ويمكن القول بصفة عامة بأن أى خطر جسيم ، أو حالة استعجال ، يتطلب سرعة التصرف ، تقوم معه حالة الضرورة المقصودة دستوريا ، مع ملاحظة أن يكون الخطر حالا ، حتى تستند سلطة رئيس الجمهورية الى مبررها الصحيح (١) .

أما القيد الثانى فيتمثل فى ضرورة عرض تشريع الضرورة على مجلس الشعب ليقول فيه كلمته النهائية . فقط تطلب نص المادة ١٤٧ ضرورة عرض التشريعات المذكورة على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدروها اذا كان المجلس قائما . وتعرض فى أول اجتماع للمجلس فى حالة الحل أو وقف الجلسات .

فاذا لم يتم هذا الأمر فى الأجل المضروب زال أثر ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة الى اصدار قرار بذلك .

أما اذا تم عرضها على المجلس فى الأجل الدستورى ، فان تشريعات الضرورة تصبح سليمة دستوريا ، ونافذة بصفة مؤقتة ، الى أن يبدى فيها المجلس رأيه النهائى . فاذا وافق المجلس على التشريعات تأكد وجودها صحيحا ومستمرا الى أن تلغى بالطرق العادية (٢) ، (٣) .

---

(١) راجع : محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص ٤٥٩ .

(٢) حيث تصبح بالموافقة قوانين عادية .

(٣) راجع حكم للمحكمة العليا أول أبريل سنة ١٩٧٢ منشور فى أحكام وقرارات المحكمة العليا ، ياقوت العشماوى وعبد الحميد عثمان ، الجزء الأول ١٩٧٢ ، ص ٢٧٥ ، حيث قضت بأن المشرع الدستورى خول رئيس الجمهورية بصفته رئيسا للسلطة التنفيذية سلطة اصدار قرارات لها قوة القانون لمواجهة حالة الضرورة التى لا تحتمل التأخير والتى تطرأ بين أدوار انعقاد مجلس الأمة (م ١١٩ من دستور سنة ١٩٦٤) أو فى فترة حله وترك له تقدير هذه الحالات ومن ثم تقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة استعمال تلك الرخصة التشريعية الاستثنائية المخولة له على أن يكون استعمالها تحت رقابة مجلس الشعب على النحو الوارد بالنص المشار اليه . ولما كان تقدير حالة الضرورة الملجئة لاصدار قرارات بقوانين عملا بنص هذه المادة مرده الى السلطة التنفيذية تقدره تحت رقابة السلطة التشريعية بحسب الظروف والملابسات القائمة فى كل حالة على حدة . ...ما عرض القرار بقانون على السلطة التشريعية وأقرته فلا معقب عليها فيما تراه بشأن قيام حالة الضرورة التى ألجأت السلطة التنفيذية الى اصداره فى غيبة السلطة التشريعية » .

أما اذا قرر المجلس رفضها فان الدستور قد خول للمجلس سلطة تسوية الآثار المترتبة عليها ، سواء باقرار وجودها فى الماضى (بمعنى تفادى الأثر الرجعى لالغائها) سواء باعتماد آثارها ، كليا أو جزئيا على النحو الذى يقـدره المجلس .

والحكم السابق متفق تماما مع الأصول القانونية ، فالمجلس وهو يملك الموافقة كما يملك الالغـاء ، له أن يقـر أحد الأمرين فى حـدود معينة ، فمن يملك الأكثر يملك الأقل .

٩٤ — غير أن المشرع لم يحـدد أجـلا يبدى فيه المجلس رأيا فى التشريعات المعروضة عليه ، بالقبول أو بالرفض . وكما أشرنا ، يؤدى ذلك الى زعزعة المعاملات التى تستند اليهـا ، نظرا لكونها تظل بعد العرض مهددة بالزوال .

وقد ذهب رأى — فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ — الى أنه اذا عرضت تشريعات الضرورة على المجلس وطالت مدة العرض بغير مبرر معقول (١) ، فانها تعتبر مرفوضة . وهـذا الرأى ، فى تقـديرنا ، سليم من الناحية النظرية ، وذلك على أساس أن اختصاص رئيس الجمهـورية باصـدار قرارات لهـا قوة القانون هو اختصاص استثنائى لا يجوز التوسع فيه ، أو التسامح ، كثيرا ، فى صدده . ومع ذلك فان اعتبارا عمليا يحول دون الأخذ به ، وهو أننا لا نستطيع تحديد المدة المعقولة التى تعتبر اللوائح بعدها مرفوضة . وهو اعتبار لا يقل مساسا باستقرار المعاملات . لذلك لا مناص من التسليم ببقاء اللوائح ، سليمة نافذة ، استصحابا للوضـع السابق ، الى أن يبدى فيها المجلس رأيه .

٩٥ — وأخيرا يلاحظ أن قوة تشريعات الضرورة انما هى فى قـوة

---

(١) راجع : تعليق : عثمان خليل عثمان ، منشور فى مجـلة القانون والاقتصاد عدد يوليو ١٩٤٩ ص ٢٩٣ ، وقارن سليمان الطماوى ، المرجع السابق ، ص ٥١٧ ؛ محمود حافظ ؛ المرجع السابق ، الذى أشار الى الرأيين دون أن يرجع أى منهما .

القانون العــادى ، وبالتالى لا يجــوز أن تتضمن الا ما يدخل فى نطاق القوانين العادية • فهى لا تستطيع أن تعــدل الدستور (١) • ويعبر هذا التحفظ عن قيد موضوعى تفرضه الأسس الدستورية العامة (٢) ، كما يفرضه مبدأ تدرج القواعد القانونية • وقد أضاف جانب من فقه القانون العــام تحفظا آخر مفاده أن هناك طائفة من الاختصاصات التشريعية التى أسندت الى البرلمــان باعتباره هيئة سياسية ، وبالتالى لا يجوز أن يحل محله فيها رئيس الجمهورية ، لأن هــذا الأخير يمثل السلطة التنفيــذية بوصفها هيئة ادارية لا سياسية • ومن قبيل هذه الاختصاصات ما يتعلق بالحقــوق السياســية ، والمســائل الانتخابيــة ، حــرية الصــحافة والاجتماع ••• الخ • ويعبر هذا الرأى عن اتجاه محمود ومدرك لجوهر فكرة الفصل بين السلطات ، وضرورة التوازن فيما بينها حماية للحريات الفردية والعامة (٣) •

البند الثانى

تشريعات التفويض

٩٦ — وهى قرارات لهــا قوة القانون يصدرها رئيس الجمهــورية فى مسائل تدخل أصلا فى اختصاص السلطة التشريعية (٤) •

ويستمد رئيس الجمهورية سلطته ، فى هذا الشأن ، من تفــويض خاص يصدره مجلس الشعب • وقد نصت المــادة ١٠٨ من دستور سنة

---

(١) راجع : محمد كامل ليلة ، القانون الدستورى ١٩٦٣ ، ص ٢٩١.

(٢) راجع : ماجد الحلو ، القانون الدستورى ، ١٩٧٦ ، ص ١٧٥.

(٣) راجع فى الموضوع : سليمان الطماوى ، المرجع السابق ، ٥١٨ حيث يذهب الى راى عكسى مفــاده ان المــاده ١٤٧ قد اطلقت اختصــاص رئيس الجمهورية فى هــذا الخصوص ، وهو تبرير لا نوافق عليــه ، حيث يتعين أن ننظر الى المــادة ١٤٧ على أساس أنها منحت لرئيس الجمهــورية اختصاصا استثنائيا .

(٤) راجع : احمد مدحت على ، الرسـالة السـابقة ، ص ١١٣ ومابعدها ، وص ١٣٥ ومابعدها ؛ ماجد الحلو ، القانوو الدستورى ، ص ١٧٧.

١٩٧١ (١) على أن « لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفى الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها • ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض • فاذا عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون » •

واضح من النص السابق أن هذه التشريعات تصدر فى حضور البرلمان ، وذلك خلافا لتشريعات الضرورة التى تصدر فى غيبته • ويبرر فقه القانون العام فكرة التفويض باعتبارات متعددة ، أهمها ، عدم توافر الخبرة لدى مجلس الشعب لمواجهة بعض المشاكل المعقدة فنيا، والحاجة الى السرية فى اتخاذ بعض الاجراءات ، التى قد تفوت العلنية الهدف المرجو من وراء اتخاذها • وأخيرا ، وهذا هو الأهم ، وجود ظروف استثنائية ، كحالات الحروب ، والكوارث ، والاضطرابات الخطيرة فى البلاد (٢) وأخيرا ، فان بعض التشريعات التى تقتضيها الظروف الاستثنائية قد تكون على قدر من القسوة بحيث تفضل المجالس النيابية أن تفوض السلطة التنفيذية فى اتخاذها (٣) •

(١) لم تتضمن دستور سنة ١٩٢٣ وكذلك دستور ١٩٣٠ ، نصا يجيز التفويض ، لذلك ثار خلاف حول مشروعيتها : راجع محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص ٤٤٠ . بدأ النص على التفويض ابتداء من دستور سنة ١٩٥٦.

(٢) : حكم للمحكمة العليا فى ٦ مارس ١٩٧٦ فى القضية رقم ١٧ لسنة الثامنة قضائية ، فى شأن التفويض وفقا لدستور سنة ١٩٦٤ : حيث اعتبرت أن حالة الحرب القائمة بين مصر واسرائيل – ولو لم تكن هناك حرب دائرة فعلا – تعتبر ظرفا استثنائيا يهدد باندلاع الحرب ويبرر ، بالتالى ، التفويض .

(٣) يلاحظ أن هذا الاعتبار الأخير قد يؤدى الى بعض المساليب ، فرئيس الجمهورية ، فى الدولة الديمقراطية ، قد يكون أشد حرصا على سمعته السياسية ومستقبله السياسى ، من المجلس النيابى ، مما يؤدى الى تردده فى اتخاذ القرارات التى تقتضيها الظروف .

ونظرا لأن التفويض في يد مجلس الشعب ، فان هـذا المجلس هو الذى يستقل بتقدير الظروف الاستثنائية التى تقتضيه ٠٠

٩٧ ــ وقد رسمت المـادة ١٠٨ من دستور سنة ١٩٧١ الحـدود التى يتعين أن يلتزم بها التفويض ، وذلك بالاضافة الى القيـد الأساسى الخاص بتوافر حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية :

أ ــ مـدة التفـويض :

٩٨ ــ لابد أن يتقيد التفويض ، وفقا لنص المـادة ١٠٨ من الدستور بمدة محددة • فمجلس الشعب بوصفه صاحب الاختصاص الأصيل فى سن التشريعات لا يجوز له أن ينزل عن اختصاصه ، كليـا أو جزئيا ، بصفة مؤبدة • فالتفويض هو مجرد تخويل مؤقت للسلطة التنفيذية فى ممارسة اختصاص بعينه • ونزولا على هـذا المعنى أيضا ، لا يحول التفويض دون مجلس الشعب وممارسة اختصاصه الأصلى حتى فى الموضـوعات التى تم التفويض فى شأنها •

غير أن الدستور لم يبين قدر المدة التى يجوز التفويض فى حدودها ، ولذلك فان المدة قد تطول أو تقصر حسب الظروف • وفى هذا الخصوص قضت المحكمة العليا بأن « المشرع قدر أن تحديد هـذه المدة بوحدات قياس الزمن العـادية ، كالسنة أو الشهر ، أمر بالغ الصعوبة ، بل يكاد يكون مستحيلا لأن المعركة بين مصر واسرائيل (١) متأرجحة تتغير من يوم لآخر ، وليس واضـحا ما اذا كانت الظـروف الاستثنائية تنتهى فى أمد محدد ، لهـذا اتخذ معيارا آخر لتحديد مدة التفويض فربطه بالظـروف الاستثنائية التى اقتضت اصداره وهى ظروف موقوتة بطبيعتها » •

غير أن هذا المذهب ، الذى قالت به المحكمة العليا ، يعتبر ، فى

(١) حكم المحكمة العليا ٦ مارس سنة ١٩٧٦ ، السابق الاشارة اليه وكان الأمر المعروض فى شأن القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ بتفـويض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات لها قوة القانون .

تقديرنا مخالفة لأصول التفسير القانونى السليم ، فهناك فارق جوهرى بين أن نقيد تشريعات التفويض « بمدة محدودة » وأن « نقرنها بالظروف التى اقتضت اصدارها » ، فالأول يستهدف وضع كم زمنى وفق وحدات محددة ، وصياغة النص واضحة فى هذا المعنى ، فى حين أن تعبير المحكمة العليا خرج بالأمر الى حدود المرونة الزمنية غير المقيدة • يضاف الى ذلك أن مذهب المحكمة العليا يجرد رقابة البرلمان من قدر من فعاليتها ، ذلك أن نص المادة ١٠٨ يفرض ضرورة عرض قرارات التفويض على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، الأمر الذى يفترض حتماً أن تكون مدة التفويض محددة بحيز زمنى معين بوحدات كمية •

ب ــ موضوعات التفويض :

٩٩ ــ اقتضت المادة ١٠٨ من الدستور أن يبين التفويض الموضوعات التى تم فيها والأسس التى تقوم عليها •

ويستهدف هذا القيد عدم اطلاق اختصاص السلطة التنفيذية فى نطاق قانون تفويضها • ومفاده أن يتم التفويض فى موضوع معين أو فى موضوعات بذاتها ومن جنس واحد (١) • فاذا جاء التفويض **مجهلا** ، فى هذا الشأن ، فانه يكون غير مشروع دستوريا • ومن قبيل التحديد فى موضوعات التفويض أن يصدر قانون بتفويض الحكومة فى تعديل التعريفة الجمركية ، أو بفرض رسم انتاج على بعض السلع المستوردة (٢) •

وفى وقت قريب نسبيا صدر القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ بتفويض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات لها قوة القانون فى الموضوعات التى تتعلق بأمن الدولة وسلامتها وتعبئة كل امكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربى • وعند عرض أمر هذا القانون على المحكمة

---

(١) سليمان الطماوى ، المرجع السابق ، ص ٥٢٦ ؛ ماجد الحلو ، القانون الدستورى ، ص ١٧٧

(٢) راجع : محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص ٤١٨ ؛ وراجع القانون رقم ٦ لسنة ١٩٧٣ بتفويض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات لها قوة القانون فى شأن ميزانية الحرب •

العليا قضت فى حكمها السابق الاشارة اليه ، بأن التحديد الوارد فى القانون المذكور « ولئن كان يتسم بشىء من السعة فان ذلك قد أملته حالة الحرب وهى الظرف الاستثنائى الذى اقتضى اصدار قانون التفويض لمواجهة هذه الحالة بأداة التشريع العاجل حماية لأمن البلاد وسلامتها ودفعـا للأخطار عنها ودعما لقواتها العسكرية • (١)

والحق أن المحكمة العليا قد جانبها الصواب مرة أخرى • فلا يمكن أن يقال أن تعبير « دعم المجهود الحربى ، والاقتصاد القومى ، والمحافظة على آمن الدولة وسلامتها وتعبئة كل امكانياتها ، هو تحديد لموضوعات معينة ، وأنه يتم فقط « بشىء من السعة » •

فالواقع أن صياغة القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ قد جاءت « بقـدر من السعة » لا يسمح به نص المـادة ١٠٨ من الدستور • فالصياغة قد جمعت موضوعات عامة غير محددة وفى مجالات مختلفة وغير متجانسة •

١٠٠ ــ وقد صـدر فى مصر استنادا الى القـانون رقم ١٥ سنة ١٩٦٧ ، والذى آقرته المحكمة العليا ، قرار من رئيس الجمهورية بالقانون رقم٨٣ سنة ١٩٦٩ فى شأن اعادة تشكيل الهيئات القضائية • وقد ترتب على هذا القانون عزل بعض رجال القضاء • فقد تضمن القرار بقانون المذكور حكما باعتبار رجال القضاء الذين لم تشـملهم قرارات اعادة التعيين فى وظائفهم ، أو النقـل الى وظائف أخـرى ، محالين الى المعاش بحـكم القانون (٢) •

وقد طعن أحد القضاة الذين لم يشملهم قرار اعادة التعيين فى القرار بقانون المذكور (رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩) أمام محكمـة النقض المصرية ،

---

(١) حكم المحكمة العليا ٦ مارس سنة ١٩٧٦ ، السابق الاشارة اليه •
(٢) ولا ندرى ما العلاقة بين هذا الأمر وبين المجهود الحربى وأمـن الدولة وسلامتها ... الخ •

فقضت فى حكم لها بتاريخ ٢١/١٢/١٩٧٢ (١) بأن القرار بقانون ، المشار اليـه ، غير قائم على أساس من المشروعية ، ومشوب بعيب جسيم يجعله عديم الأثر •

وقد استندت محكمة النقض فى هذا الحكم الى أن القرار المذكور قد صدر فى موضوع يخرج عن النطاق المحـدد بقانون التفويض ، وأنه « يخالف نصه ومقتضاه مما يجعله مجردا من قوة القانون » يضاف الى ذلك أن قرارات رئيس الجمهورية الصادرة استنادا الى قانون التفويض هى من حيث الشكل « قرارات ادارية » لا تبلغ مرتبة القوانين فى حجية التشريع « فيكون للقضـاء الادارى أن يحكم بالغائهـا (٢) اذا جاوزت الموضوعات المحددة فى قانون التفويض ، أو الأسس التى قام عليها ، وأنها لا تحـوز حجيـة التشريع الا اذا أقرها المجلس النيابى ، شأنها فى ذلك شأن أى قانون آخر » • ثم لاحظت المحكمة أن القرار المطعـون فيه قد خالف أيضا نصوص الدستور (دستور ١٩٦٤) الخاصة بحصانة القضاة وعدم قابليتهم للعـزل (مواد ١٥٢ و ١٥٦ و ١٥٧) • وهى أمور لايجوز تنظيمها بأداة أدنى من مرتبة القانون (٣) •

وأخيرا يلاحظ أنه يتعين عرض لوائح التفويض على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض • فاذا لم تعـرض أو عرضت ولم

---

(١) طعن رقم ٢١ لسنة ٣٩ قضائية : اشـار اليه سـميو تناغو ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٧٤ ، ص ٣٣٠ و ٣٣١

(٢) رغم أن الاختصاص بالغاء القرارات الادارية مقعوذ لمجلس الدولة الا أن المـادة ٨٣ من قانون السلطة القضائية ٤٦ لسنة ١٩٧٢ قد نصت على أن تختص الدائرة المدنية بمحكمة النقض دون غيرها بالفصـل فى كافة الطلبات التى يقدمها رجال القضـاء والنيابة بالغـاء القرارات الجمهورية والقرارات الوزارية المتعلقة بأى شـأن من شـئونهم عدا التعيين والنقل والندب والترقية . واستناذا الى هذا النص اختصت محكمة النقض فى موضوع القرار رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ الذى انتهى بعزل بعض القضاة .

(٣) يلاحظ أن مفاد هذا القول أن القرار بقانون هو قرار ادارى الى أن يوافق عليه مجلس الشعب ، وهو ذات المبدأ المطبق على لوائح الضرورة. ومن ناحية أخـرى فان لوائح التفويض لا يجـوز أن تتناول الا مايتناوله التشريع العادى ، حيث لا يجوز ان تخالف الدستور .

يوافق عليها المجلس ، زال ما كان لهـا من قوة القانون • وغير أن هذا الزوال لا يطبق بأثر رجعى — على خلاف الحال بالنسبة للوائح الضرورة فقد اكتفى نص المـادة ١٠٨ من الدستور بزوال تشريعات التفـويض بالنسبة للمستقبل فحسب •

البنـــد الثالث

نص المـادة ٧٤ من دستور سنة ١٩٧١

١٠١ — تنص المـادة ٧٤ من الدستور على أن « لرئيس الجمهورية اذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعـوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى ، أن يتخذ الاجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر • ويوجه بيانا للشعب ، ويجرى الاستفتاء على ما يتخذه من اجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها » •

ويعتبر هذا النص خطوة أبعد مدى فى اتجاه تقوية السلطة التنفيذية على حساب السلطات الأخرى ، خاصة السلطة التشريعية • ولم يرد فى الدساتير المصرية السابقة على الدستور الحالى نص مماثل • وقد أخـذ النص ، مع شىء من التعديل ، عن الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٩٥٨ (دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة) حيث نصت المـادة ١٦ من هذا الدستور الأخير على أنه « اذا أصبحت أنظمة الجمهـورية ، أو استقلال الوطن ، أو سلامة أراضيه ، أو تنفيذ تعهداته الدولية مهددة على نحـو خطير وحال ، وترتب على ذلك توقف المؤسسات العـامة الدستورية عن أداء مهامها المعتادة ، يتخذ رئيس الجمهـورية الاجراءات التى تقتضيها هذه الظروف ، بعد التشاور رسميا مع رئيس الوزراء ورؤساء مجلسى البرلمـان والمجلس الدسـتورى • ويحيط الأمة علما بذلك برسـالة • ويجب أن تستهدف هذه الاجراءات تمكين السلطات العامة الدسـتورية فى أقصر وقت ، من أداء مهامها • ويستشار المجلس الدستورى فى شأن هذه الاجراءات • وينعقد البرلمـان بقوة القـانون • ولا يجوز حـل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة هذه السلطات الاستثنائية » •

ويلاحظ أن المـادة ١٦ من الدستور الفرنسي قد ورد على نحو مفصـل ، وأورد بعض الضمانات الهـامة ، من الناحيتين الموضوعية والشـكلية .

فمن حيث الموضـوع لا يجوز اعمال نص المـادة ١٦ من الدستور الفرنسي الا اذا كان الخطر جسيما وحالا ، فاذا لم يكن الخطر جسيما ، أو جسيما ولكنه غير حال ، امتنع الالتجاء للمـادة ١٦ ، وتعين مواجهة الأمر وفقا للأساليب الدستورية العادية . ومن ناحية ثانية فان الظروف التي تبرر الالتجاء الى هذا النص الاستثنائي لا بد أن تؤدي الى انقطاع السير المنتظم لمؤسسات الدولة الدستورية (١) .

ومن الناحية الشكلية يجب على رئيس الجمهورية أن يستشير رئيس الوزراء ورؤساء مجلسي البرلمـان والمجلس الدسـتوري وذلك بصـفة رسمية . كما يتعين على رئيس الجمهورية أن يوجه رسالة للأمة يوضـح فيها الأمور . وينعقد البرلمـان بقوة القانون ولا يجوز حله (٢) طوال مدة ممارسة السلطة الاستثنائية الواردة في المـادة ١٦ . وهذا الحكم الأخير يمكن البرلمـان ، خاصة الجمعية الوطنية ، من أن يعارض الاجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية . بل لقد ذهب البعض الى حد اعطاء البرلمـان سلطة توجيه اتهام بالخيانة العظمى لرئيس الجمهورية (٣) . كمـا يتعين أخيرا على رئيس الجمهورية أن يستشير المجلس الدستوري . ورغم أن رأي هذا المجلس غير الزامي الا أنه يبدي هذا الرأي «مسببا ومنشورا!»، وهو مايمثل ثقلا سياسيا مؤثرا في التجاء رئيس الجمهورية للمادة المذكورة

---

(١) لجأ الرئيس الفرنسي شارل ديجول لنص المـادة ١٦ من الدستور سنة ١٩٦١ أبان الازمة الشـهيرة بأزمة الجزائر ، حيث هـدد جنرالات الجيش الفرنسي في الجزائر بالعصيان .

(٢) يمثل ضـمان حظر حل الجمعية الوطنية قيدا هاما قد يدفع رئيس الجمهورية الى الامتناع أصلا عن الالتجاء للمادة المذكورة .

(٣) راجع : رمزي الشاعر ، الأيدلوجية التحررية واثرها في الأنظمة السياسية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س ١٧ ، يناير ١٩٧٥ ص ٢٣١ وما بعدها ، خاصة ص ٤٤٢ وما بعدها .

ومداه ، ولذلك يعتبر بعض الفقه هذا الضمان من أهم ما ورد في المادة المشار اليها (١) .

وقد جاء نص المادة ١٦ على نحو يوسع من سلطة رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية حيث تخوله أن يتخذ الاجراءات التى تقتضيها هذه الظروف ، وللرئيس وفقا لذلك أن يمارس السلطة اللائحية ، والسلطة التشريعية العادية ، كما أن له ، وفقا لبعض الآراء ، أن يتعرض للأحكام الدستورية (٢) ولا يخضع ، من هذه الاجراءات ، لرقابة مجلس الدولة الا الاجراءات ذات الطبيعة اللائحية فحسب .

ونعتقد رغم هذا التوسع ، فى سلطات الرئيس الاستثنائية ، أن ضمانات حسن استخدامها هى ضمانات أخلاقية وسياسية أكثر منها قانونية : وهو أمر له أهمية كبرى فى الدولة الديمقراطية . ففى ظل الممارسة الديمقراطية ، حيث توجد الأحزاب المعارضة القوية ، والرأى العام المستنير ، وحرية الصحافة ، فان رئيس الجمهورية يتخذ هذه الاجراءات على مسئوليته السياسية الكاملة .

١٠٢ ــ أما فى مصر ، فقد جاء نص المادة ٧٤ من دستور سنة ١٩٧١ مقتضبا ، وقد أغفل كثيرا من الضمانات (٣) التى وردت فى نص المادة ١٦ من الدستور الفرنسى . فضلا عن عدم وجود التوازن الديمقراطى على النحو المتوافر فى فرنسا ، وهو ، فى نهاية المطاف ، الضمان الحقيقى والجدى لعدم اساءة استخدام السلطة .

أما عن الضمانات التى أوردتها المادة ٧٤ فهى محدودة .

---

(١) راجع : شارلييه ، محاضرات على طلبة الدكتوراة مارس ١٩٦٧ بعنوان الأنظمة الحديثة لتقوية السلطة التنفيذية ، ص ٦٧

(٢) راجع شارلييه : المرجع السابق ، ص ٥٦ و ص ٥٩

(٣) يلاحظ ان المادة ٧٤ لم تفرق بين حالة غياب المجلس أو قيامه : راجع ماجد الحلو ، القانون الدستورى ، ١٩٧٦ ، ص ١٧٢

فمن حيث الموضوع ، اكتفت المادة ٧٤ بوجود خطر يهدد ، مجرد تهديد ، « الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن ، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى » ، وهو أمر يقدره رئيس الجمهورية وفقا للظروف التى تتعرض لها البلاد • ولم تشترط المادة فى الخطر المذكور أن يكون جسيما وحالا ، بخلاف المادة ١٦ من الدستور الفرنسى • وهو ما يسمح لرئيس الجمهورية أن يلجأ الى هذه المادة الخطيرة (مادة ٧٤) ، قبل أن يقع الخطر فعلا ، أى لمجرد تهديد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن • كما تسمح المادة المذكورة ، مع التفسير الواسع ، باتخاذ الاجراءات اللازمة بعد وقوع الخطر ، كنوع من الوقاية لتفادى تكرار حدوثه مستقبلا • وهذا المنطق الأخير هو الذى استندت اليه اجراءات رئيس الجمهورية المصرية عقب أحداث ١٨ و ١٩ يناير سنة ١٩٧٧ (٣ فبراير سنة ١٩٧٧) • فقد اتخذ رئيس الجمهورية بعض الاجراءات الاستثنائية ، مستخدما المادة ٧٤ من الدستور ، بعد وقوع الأحداث المشار اليها بأكثر من عشرة أيام (١) • ومن الناحية الشكلية تنص المادة ٧٤ من الدستور على وجوب أن يوجه رئيس الجمهورية بيانا الى الشعب • والمقصد من ذلك هو أن يعرض على الأمة الظروف التى دعته الى الالتجاء للمادة ٧٤ والاجراءات التى قرر اتخاذها • وهو اجراء من جانب واحد ، ولا يمثل فى الحقيقة ضمانا جديا • أما الضمان الأكثر جدية ، على الأقل من الناحية النظرية ، فهو وجوب أن يجرى الاستفتاء على ما تم اتخاذه من اجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها • وترجع أهمية هذا الأمر فى أنه يضع الأمر ، فى نهاية المطاف ، بين يدى الأمة ، لكى تقر الاجراءات أو ترفضها • ومع ذلك فاتنا نكرر ما سبق ذكره (٢) من أن الاستفتاء ليس أسلوبا ديمقراطيا

---

(١) راجع أحمد مدحت على ، الرسالة السابقة ، ص ١٠٥ ، الذى ينتقد الالتجاء الى المادة ٧٤ من الدستور حيث كان يتعين على رئيس الجمهورية أن يستخدم المادة ٧٤ أثناء الأحداث لا بعدها ،وراجع : يحيى الجمل ، النظام الدستورى فى جمهورية مصر العربية ، ١٩٧٤ ص ٢٦٢ و ٢٦٣

(٢) راجع ما سبق فقرة ٧٦

الا فى الدولة الديمقراطيـة ، فاذا لم تتوافر مقومات النظام الديمقراطى الكامل بمحوريه : حرية المعارضة فى ظل المنافسـة السياسية الكاملة ، ووجود رأى عام قوى مستنير (وهو مشروط بوجود صحافة حـرة) ، فاننا نكون فى ظل ضمانات شكلية غير حقيقية وغير مجدية .

١٠٣ — أما الاجـراءات ، التى تجيز المـادة ٧٤ من الدسـتور اتخاذها ، فتثير مسألة دقيقة . فقد استخدم النص تعبير « الاجراءات السريعـة » وهو تعبير يختلف عما استخدمه الدستور فى المواد ١٠٨ الخاصة بلوائح التفويض و ١٤٧ الخاص بلوائح الضرورة ، ففى هاتين الحالتين استخدم الدستور تعبير اصدار قرارات لها قوة القانون » .

واستنادا الى هذه المغايرة يجوز القول بأن المـادة ٧٤ قصـدت بالاجراءات ما هو أدنى مرتبة من القانون . غير أن الأخذ بهذا التفسير يؤدى الى حصر سلطة رئيس الجمهورية فى الظـروف الاستثنائية التى أوردتها المـادة ٧٤ ، فى اصدار اللوائح ، أو القرارات الادارية الفردية ، فى حين أن اصدار هذه اللوائح والقرارات انما يدخل فى الاختصـاص الأصيل لرئيس الجمهورية بوصفه رئيسا للسلطة التنفيذية . وبالتـالى لم تكن هناك حاجة الى الاستعانة بالظروف الاستثنائية لمنحه الاختصاص المذكور . ولا مناص من التسليم ، نزولا على ما سبق ، بأن المـادة ٧٤ تعطى لرئيس الجمهورية سلطة التشريع العادى ، بدلا من مجلس الشعب. ويؤكد هذا المعنى أن المـادة ٧٤ قد أحالت الأمر الى الشعب ليبـدى فيـه القول الفصل ، عن طريق الاستفتاء . والالتجاء الى هذا الأسلوب يعنى أن سلطة رئيس الجمهورية تمتد ، وفقـا للمـادة المذكورة ، الى اصدار قوانين على قدر كبير من الخطورة والأهمية ، مما دعا الى اللجوء للشعب ، بوصفه مصدرا لكل السلطات ، (وليس الى المجلس النيـابى كما هو الحـال فى المواد ١٠٨ ، ١٤٧ من الدسـتور) . وما دام الأمر

كذلك ، فمن المتصور أن يصل الأمر الى حد استخدام نص المادة ٧٤ في تعديل الدستور ٠ وهنا تكمن خطورة المادة المذكورة وضحالة ما أوردته من ضمانات ٠

المطلب الثالث

اللوائح

١٠٤ — تعرف اللائحة بأنها القرارات التى تصدرها السلطة التنفيذية وتتضمن قواعد عامة مجردة ومكتوبة ٠ وهى تعبير عن ارادة جهة الادارة فيما لها من سلطة التنظيم ٠ واللائحة كالقانون ، من الناحية الموضوعية ، بمعنى أن كل منهما يتضمن قواعد عامة مجردة ، ولكنها تختلف عن القانون من ناحيتين أساسيتين :

الناحية الأولى : أن القانون (التشريع العادى) يصدر شكلا عن السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل بسنه ٠ أما اللائحة فالاختصاص الأصيل باصدارها مسند الى السلطة التنفيذية ٠ ومن ناحية ثانية فان اللائحة تقع فى مرتبة أدنى من مرتبة التشريع العادى فى سلم القواعد القانونية ٠ ولذلك فان اللائحة لا تستطيع أن تقتحم بعض المجالات التى يحتفظ فيها التشريع بمطلق سلطانه (١) ٠

وقد أعتبر الدستور أن سلطة سن اللوائح هى أحد الاختصاصات التنفيذية لرئيس الجمهورية ٠ وترجع الحكمة من منح هذه السلطة الى

---

(١) راجع : ماجد الحلو ، المرجع السابق ص ١٦٨ ومابعدها ؛ محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص ٣٩٤ وما بعدها ٠

ومن المسائل التى يحتفظ فيها القانون بسلطاته الكامل نذكر على سبيل المثال : مجال الحقوق المدنية للمواطنين ، الحالة ، الأهلية الجنسية الجرائم والعقوبات ، نظام الانتخاب ، التأميم ؛ راجع سليمان الطماوى ، المرجع السابق ، ص٤٧٣ ومابعدها ، خاصة ص٤٨٢ ومابعدها وقد قضت المحكمة العليا فى هذا المعنى ، بعدم دستورية أية لائحة تتولى تنظيم أمر محجوز للقانون ، وداخل ، بالتالى فى اختصاص السلطة التشريعية ، جلسة ٣ يوليو سنة ١٩٧١ فى القضية رقم ٤ (دستورية) س ١ قضائية ٠

اعتبارات متعددة أهمهـا أن المشرع لا يمكن أن يضمن القوانين كافة التفصيلات التى يقتضيها التطبيق العملى للقانون • لذلك تتولى اللائحة أمر هذه التفصيلات • يضاف الى ذلك أن اللائحة أداة سريعة فى متناول السلطة التنفيذية ، لمواجهـة تطور الأوضاع الاجتماعية ، ومن السهل تعديلها كلما اقتضت الظروف • وأخيرا فان بعض القوانين تنظم قطاعات من النشاط تتنوع من قطاع لآخر من بعض النـواحى ، ومن المفيد أن يترك للائحة أمر مواجهة هذا التنوع • وهو ما يظهر بوضوح فى الاهتمام الذى يوليه النظام القانونى للوائح فى نطاق قوانين هامة كقانون العمل وقانون التـأمينات الاجتماعية •

وتنقسم اللوائح الى أقسـام ثلاث هى : اللوائح التنفيذية ، لوائح الضبط أو البوليس ، واللوائح التنظيمية •

البنـد الأول
اللـوائح التنفيـذية (١)

١٠٥ — تعرف هذه اللوائح بأنها القـواعد العامة التى تصـدرها السلطة التنفيذية لوضـع الأحكام التفصيلية اللازمة لتطبيق القانون • وقد نصت المـادة ١٤٤ من الدستور على أن الاختصاص بوضع هـذه اللوائح منوط برئيس الجمهورية ، وله أن يفوض غيره فى اصدارها • كما أن القانون ذاته قد يحدد الجهة التى تتولى وضع لائحته التنفيـذية (الوزير المختص غالبا) (٢) •

وتمارس السلطة التنفيذية اختصاصها فى وضع اللوائح التنفيـذية بغير حاجة الى نص صريح فى القانون • ومثل هذا النص ، حين يرد فى

---

(١) Reglements d'execution

(٢) الأصل أنه لايجوز النزول بمستوى الاختصاص بوضع اللائحـة الى أقل من الاختصاص الوزارى . وبالتالى لايجوز للمحافظ أن يضع لائحة تنفيذية الا على سبيل الاستثناء وفى حالتين :الأولى أن ينص القانون ذاته على أعطاء هذه السلطة للمحافظ ، تقديرا من المشرع لأوجـه تنوع قـد تقوم بين محافظة وأخرى . والثانية أن يكون قرار المحافظ تنفيذا لقرار أو لائحة سبق صدورها عنه ، على أساس أن من يملك الأصل يملك الفرع

القانون ، لا يضيف اختصاصا جديدا ، لأن هـذا الحق ثابت للسلطة التنفيذية كاختصاص أصيل لهـا .

ومع ذلك فان ورود نص فى القانون بوضع لائحـة تنفيـذية له أهميـة من نواح عدة :

ـ ان القانون لا ينفذ الا بعد صدور اللائحة التى اقتضى القانون وضعها . وتفسير ذلك أن المشرع حين يدعو السلطة التنفيذية الى وضع اللائحة التنفيذية يقدر أن بعض نصوصه قد وردت على نحو مجمل يتعذر معه التنفيذ الا بعد وضع القواعد التفصيلية المتعلقة بجزئيـات معينة . ومع ذلك فان القضاء الفرنسى لايوقف تنفيذ القانون (١) رغم النص صراحة على وجوب اللائحة التنفيذية ـ الا فى حالة ما اذا كان القانون قد صرح بتعليق التنفيذ على صـدور اللائحـة ، أو حالة استحالة التنفيذ قبـل صدورها . ففى هذين الفرضين يستمر العمل بالقانون القـديم الى آن تصدر اللائحة التنفيذية للقانون الجديد . أما فى غيرهما فيمكن تنفيـذ القانون دون انتظار صدور اللائحة المذكورة (٢) .

ـ ان الأصل هو حرية الادارة فى وضع لائحة تنفيذية للقانون من عدمه ، ولكن هذه الحرية تنتفى ، ويصبح وضع اللائحة آمرا الزاميا ، متى دعى المشرع الى وضعها .

ـ أن نص القانون على وضع اللائحة التنفيذية يؤدى ، فى فرنسا ، الى وجوب صدورها على شكل ما يسمى « لوائح الادارة العامة » وهى لوائح تخضع لاجراء شكلى مفاده ضرورة أخذ رأى مجلس الدولة فيها قبل اصـدارها ، أما اللوائح التنفيذية التى تصدر استنادا الى السلطة

---

(١) راجع : سليمان الطماوى المرجع السابق ، ص ٥٩٣ و ٥٩٤ ، والمراجع والأحكام التى أشار اليها .

(٢) راجع سليمان الطماوى ، المرجع السابق ، ص ٤٩٢ ؛ محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص ٣٩٩

التقديرية للإدارة ، أي بغير نص على وجوبها ، فانها لا تخضع للشكل السابق (١) .

مجـال اللائحة التنفيذية :

١٠٦ ـ أشرنا الى أن اللائحة التنفيذية تصـدر لوضع تفصيلات ما أجمل القانون ، بحيث يتيسر تطبيقه عملا . ومن مقتضى طبيعة هـذه الوظيفة أنه لا يجوز للائحة المذكورة أن تضيف جديدا (٢) الى القانون ، أو أن تعدل من أحكامه ، أو أن تحد من نطاق تطبيقه (٣) وبالتالى فان السلطة التنفيذية تتولى هـذه المهمة « حسبما يتجلى لها من « وجـه الرأى .. وما تتكشف عنه دواعى العمل » ، ونص القانون على وجوب اللائحة التنفيذية هو « دعوة للجهة الادارية كى تمارس اختصاصها المخول لها » دون « افتيات على حقوق السلطة التشريعية » (٤) .

ومن قبيل اللوائح التنفيذية التى صـدرت خلافا لمقتضى المبادىء السابقة اللائحة التنفيذية لقانون الاسكان رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . فقـد نصت المـادة الرابعة من هذا القانون على جواز تبادل الوحدات السكنية ، وأحالت على قرار يصـدر من وزير الاسكان ببيان الحالات والقواعد والشروط والاجراءات والضمانات التى يتم فى حدودها تبادل الوحدات السكنية . وقـد صـدر قرار وزير الاسكان تحت رقـم ٩٧ لسـنة ١٩٧٠ وقـد وضـع شروطا للتبادل تقضى ، تقريبـا ، على امكانيـة التبادل . فقد حصر القرار التبادل للأسباب الصحية والاجتماعية فى نطاق مساكن القطاع العام فقط . وهو قطاع على قدر من الندرة لا تخفى على أحد . وبالنسبة للتبادل بسبب البعد عن العمـل ، حصر القرار التبادل

---

(١) راجع : سليمان الطماوى ، المرجع السابق ، ص ٤٩١ .

(٢) راجع وقارن : محمد كامل ليله ، مبادىء القانون الادارى ، الجزء الأول ، بيروت ١٩٦٨ ـ ١٩٦٩ ، ص ٣١٦ .

(٣) راجع : يحيى الجمل ، النظام الدستورى فى جمهورية مصر العربية ، ١٩٧٤ ، ص ٢١١ .

(٤) راجع فى هذه المعانى ، حكم نقض ١٩٥٨/٦/١٢ ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض ، ١٩٦٥ (الجزء الثالث) ص ٦٤١ .

فى نطاق ما بين موظفى الدولة والقطاع العام فحسب ، وبشرط أن يؤدى التبادل الى اقتراب كل منهما من عمله .

وبهذه الشروط نعتقد أن قرار الوزير قد خرج على حدود مهمة تنفيذ القانون ، حيث أن ما ورد فيه من قيود أدى الى الحد من نطاق النص الى حد كبير .

كذلك جاءت اللائحة التنفيذية لقانون الاسكان الجديد (١) وحققت هذا الوضع المعيب واكتفت بتنظيم التبادل وفق شروط أكثر يسرا (٢) .

البند الثانى

اللوائح التنظيمية (٣)

١٠٧ — تعرف اللائحة التنظيمية بأنها قواعد عامة تصدرها السلطة التنفيذية بقصد تنظيم المرافق العامة فى الدولة . وهى نوع من اللوائح المستقلة بمعنى أنها تصدر قائمة بذاتها دون قانون معين تستند اليه فى اصدارها وقد أسند الاختصاص بوضع مثل هذه اللوائح الى السلطة التنفيذية على أساس أنها تقوم على حسن سير المرافق والمصالح العامة فى الدولة ، وبالتالى أقدر على الوفاء بحاجات هذه المصالح والمرافق ، بغير حاجة الى الالتجاء للتشريع العادى الصادر عن مجلس الشعب .

وينصرف تعبير التنظيم المقترن بهذه اللوائح الى انشاء المرافق والمصالح ابتداء ، كما ينصرف الى ترتيب وتنظيم أوضاع المرافق والمصالح القائمة .

وقد نصت المادة ١٤٦ من الدستور على هذا المعنى الأخير صراحة « يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لانشاء وتنظيم المرافق

---

(١) قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر .

(٢) قرار وزير الاسكان رقم ٩٩ لسنة ١٩٧٨ .

(٣) Reglements autonomes

والمصالح العامة » (١) .

ونظرا لأن انشاء المرافق والمصالح العامة يمثل قدرا من الأهمية فقد أسند الدستور الاختصاص باصدار اللوائح التنظيمية الى رئيس الجمهورية ، ولم يرد فى نص المادة ١٤٦ وما يجيز له أن يفوض غيره فى أصدارها .

البند الثالث
لوائح الضبط أو البوليس (٢)

١٠٨ — وهذه اللوائح تتضمن ، كغيرها ، قواعد عامة تستهدف المحافظة على الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة .

وهى النوع الثانى من اللوائح المستقلة ، فهى تصدر لذاتها استقلالا عن أى قانون سابق .

ومن قبيل هذه اللوائح ما ينظم المرور ، والمحافظة على الصحة العامة عن طريق مقاومة الأوبئة ومراقبة محلات المواد الغذائية والباعة الجائلين أو تحرص على الهدوء العام كلوائح المحلات المقلقة للراحة ، وتلك التى تمنع اقامة المصانع أو الورش فى مناطق معينة (٣) . كما يدخل فيها ، وفقا للمفاهيم الحديثة ، اللوائح التى تستهدف ما يسمى بالنظام العام الجمالى ، وهى تستهدف المحافظة على رونق المدن وجمالها ، كتلك التى تمنع القاء القاذورات فى الشوارع ، أو تمنع توزيع اعلانات الدعاية فى الطريق العام .

---

(١) وبذلك يكون دستور سنة ١٩٧١ قد حسم خلافا كان قائما فى الفقة حول ما اذا كان مجال هذه اللوائح يشمل الانشاء والتنظيم ام انه يقتصر على مجرد التنظيم : راجع : ماجد الحلو ، المرجع السابق ، ص ١٧٠ و ١٧١ ؛ سليمان الطماوى ، المرجع السابق ، ص ٥٠٥ .

(٢) Reglement de police

(٣) راجع : سليمان الطماوى ، المرجع السابق ، ص ٥٠٧ و ٥٠٨ ؛ ماجد الحلو ، المرجع السابق ، ص ١٧١ ؛ محمود حافظ ، المرجع السابق ص ٤٠١ ومابعدها يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص ٢١٢ و ٢١٣ .

ونظرا لاتساع مجال لوائح الضبط على النحو السابق ، فانها ، فى كثير من الحالات ، تورد قيودا على حريات الأفراد وأنشطتهم • لذلك يتعين تقييد حرية الادارة فى اصدار هذه اللوائح ، بحيث تلتزم جانب التوفيق بين مقتضيات النظام ، بأوجهه المختلفة السابقة ، ومتطلبات حرية الأفراد وحقوقهم • ويترتب على هذه الملاحظة نتائج متعددة (١) :

ـ ان أى شك حول مشروعية هذه اللوائح يجب أن يفسر لمصلحة الحرية الفردية •

ـ ان سلطات الضبط تتسع نسبيا فى الأماكن والطرق العامة ، ففى هذه الأماكن تمارس سلطات الضبط اختصاصها الطبيعى (٢) • وعلى العكس تضيق تلك السلطات فى نطاق الملكية الخاصة وداخل الأماكن المغلقة ، لأنها فى هذه الحالة ، وعلى حد تعبير العميد هوريو ، توجد فى نطاق الملكية الخاصة بوصفها ملجأ الأفراد وموطنهم (٣) •

ـ أن القضاء يتشدد ، خاصة فى فرنسا ، فى رقابته لمشروعية لوائح الضبط ، خاصة من زاوية الغرض الذى تستهدفه • فقد قضى مجلس الدولة الفرنسى ، فى أكثر من مناسبة، بالغاء اللائحة اذا كان لها هدف آخر غير الأمن العام ، أو الصحة العامة ، أو السكينة العامة • وفى مجال الأمن العام لا يقر القضاء المذكور مشروعية اللائحة الا اذا برر صدورها تهديد جدى بالاضطراب ، كما يتعين أن يكون موضوع اللائحة ضروريا

---

(١) راجع : طعيمه الجرف ، القانون العام ، دراسة مقارنة لنظم الحكم والادارة (القسم الثانى ١٩٦٢) ص ٤١

(٢) راجع : أحكام القضاء الادارى ، الجزء الثانى للاستاذ موريس هوريو ، سيرى١٩٢٩ ، ص ٣٣٢

(٣) راجع : موريس هوريو ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ ، لذلك أيضا لا يجوز ان تتضمن لائحة الضبط منعا عاما ومطلقا ، لأن هذا المنع لا ينظم الحرية ولكنه يلغيها : مجلس الدولة الفرنسى ٢٢ يوليو سنة ١٩٥٦ ، داللوز ١٩٥١ ـ ٥٨٩ ، طعيمه الجرف ، الموضع السابق •

ومتناسبا مع خطورة الوضع (١) •

المطلب الرابع

تدرج القواعد القانونية

١٠٩ — يتضح من العرض السابق أن هناك ثلاثة أنواع من التشريعات هي الدستور والقانون واللائحة • وتتفق جميعا في أنها ، من الناحية الموضوعية ، تتضمن قواعد عامة مجردة • وتتدرج هذه التشريعات من حيث المنزلة القانونية تنازليا • ففي القمة يوجد الدستور وهو أسمى القواعد القانونية في الدولة وأعلاها قدرا ، يليه في المرتبة القانون أو التشريع العادي ، وهو يصدر ، كما سلف القول ، عن السلطة التشريعية ، صاحبة الاختصاص الأصيل في وضعه • وأخيرا ، وفي أدنى سلم التدرج ، توجد اللائحة (أو التشريع الفرعي) وهو يصدر عن السلطة التنفيذية بحسبانه من اختصاصاتها الأصلية •

ويؤدي منطق التدرج ، على النحو السابق ، الى وجوب أن تتقيد القاعدة الأدنى بالقاعدة الأعلى • وبالتالي ، فلا يجوز للائحة أن تخالف القانون كما لا يجوز لها ، من باب أولى ، أن تخالف الدستور • كما لا يجوز للقانون أن يخالف الدستور • وللالتزام بعدم المخالفة للقاعدة الأعلى مضمون يشمل الناحيتين الموضوعية والشكلية •

ومن حيث الموضوع ، لا يجوز للقاعدة الأدنى أن تعدل حكم القاعدة الأعلى أو أن تخالفه • فاذا تضمن الدستور ، مثلا ، نصا يكفل

---

(١) راجع : حكم لمجلس الدولة الفرنسي ١٩ مايو سنة ١٩٣٣ منشور في دالوز ١٩٣٤ — ٣ — ١ ومذكرة الأستاذ Michel ، ٢٣ ديسمبر ١٩٣٢ ، مجموعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي ١٢٢٣ ، ١٦ فبراير سنة ١٩١٩ ، ١٩٣٢ ، مجموعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي ١١٢٣ ، ١٩ فبراير سنة ١٩٠٩ مجموعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي ٨١ ، راجع : جا ن لوى دى كورى J. L. De Coroil ، محاضرات في القانون الاداري ، مارس ١٩٧٠ ص ٣٣٩ وما بعدها ، والمراجع والأحكام التي أشار اليها ، ريفيرو ، القانون الاداري ، باريس ١٩٧٠ ، ص ٣٧٦ وما بعدها ، وراجع طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص ٤١ •

حرية تكوين النقابات ، فلا يجوز أن يصدر قانون بالغاء هذه الحرية ، والا كان غير دستورى من حيث الموضوع .

أما من حيث الشكل ، فيجب أن تتبع فى نشـأة القاعدة القانونية الأدنى كافة الاجراءات والأصول الشكلية التى فرضتها القاعدة الأعلى . كذلك يجب أن تصدر القاعدة عن السلطة التى أسندت اليها القاعدة الأعلى الاختصاص باصدارها . وبالتالى يتحدد احترام الشكل فى احترام الاختصاص واتباع الاجراءات السليمة .

ويتحقق احترام مبـدأ التدرج اما عن طريق رقابة تتولاها هيئة سياسية ، واما عن طريق الرقابة القضائية .

البند الاول
الرقابة السياسية على دستورية القوانين

١١٠ — وهى رقابة وقائية ، تتم قبل اصـدار القانون . وتتولاها لجنـة أو هيئة يتم اختيارها بواسطة السلطة التشريعية ، أو بالاشتراك بين هذه السلطة والسلطة التنفيذية (١) .

ومن أهم التطبيقات الحديثة لهذا الأسلوب ما ورد فى الدستور الفرنسى الحالى ، الصادر سنة ١٩٥٨ ، فقد نصت المـادة ٥٦ من هـذا الدستورى على أن يتولى رقابة الدستورية «المجلس الدستورى»(٢) ويتألف هذا المجلس ، وفقا للمادة المشار اليها ، من أعضاء بحكم القانون وأعضاء يتم اختيارهم . أما العضوية بحكم القانون فهى عضوية رؤساء الجمهورية السابقين وتستمر عضويتهم لمدى الحياة . أما الأعضاء الآخرون فعددهم

---

(١) لا تثور مشكلة دستورية القوانين الا فى ظل الدساتير الجامدة ، أى التى يلزم لتعديلها اتباع اجراءات أشد من تلك المتبعة فى تعديل القانون العادى . أما حيث يكون الدستور مرنا ، بحيث يمكن تعديله بذات اجراءات تعديل القـانون العادى ، فلا تثور المشـكلة ، لأن صـدور قانون مخالف للدستور يعد بذاته تعديلا له .

(٢) راجع : فؤاد العطار ، النظم السياسية والقانون الدستور ١٩٧٤ ص ١٩٧ وما بعدها .

تسعة ، يتولى كل من رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ ، اختيار ثلاثة منهم ، وتستمر عضويتهم لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد ، على أن يتم تجديد ثلث الأعضاء كل ثلاث سنوات • ويعين رئيس الجمهورية رئيس المجلس الدستورى ، ويكون صوت هذا الأخير مرجحا عند تساوى الأصوات (١) •

ولا يجوز الجمع بين عضـوية المجلس الدستورى وتولى الوزارة أو عضوية البرلمـان أو المجلس الاقتصادى والاجتماعى •

وتحال القوانين للمجلس المذكور قبل اصدارها لابداء رأيه فيها ، فان رأى عدم دستورية قانون معين امتنع اصداره أو تطبيقه • وفى حالة عدم المخالفة الجزئية (أى أن القـانون دستورى فى بعض مواده دون البعض الآخر) فان المجلس الدستورى هو الذى يقـرر ما اذا كان من الممكن اصدار القانون بعد حذف أو تعديل المواد غير الدستورية ، فان قرر ذلك عاد الأمر لرئيس الجمهورية ، ليختار بين اصدار الجزء السليم دستوريا ، أو عدم اصدار القانون كلية واعادته للجمعية الوطنية لفحصه من جديد •

ويلاحظ أن المجلس الدستورى لا يتصدى لفحص الدستورية من تلقاء نفسه بل يتعين أن تحال اليه مشروعات القوانين من جانب السلطة التنفيذية أو رئيس أحـد مجلسى البرلمـان (٢) كما لا يجـوز ، نتيجة لذلك ، للأفراد طلب فحص الدستورية •

ويعتبر النظام الفرنسى ، على النحو السـابق ، متحفظا فى شأن مسألة فحص الدستورية ، ففيه يستطيع رئيس الجمهورية ، اذا كان على وئام مع السلطة التشريعية ، أن يصدر القوانين دون فحص دستوريتها

(١) راجع : فؤاد العطار ، المرجع السابق ، ص ١٦٩ •
(٢) مادة ٦١ من الدستور الفرنسى لسنه ١٩٥٨ .

أصلا • لذلك وصفت هذه الرقابة بأنها ضعيفة واهية (١) •

البنـد الثانى
الرقابة القضائية على دستورية القوانين

١١١ — اشرنا ، فيما سبق ، الى أن مبدأ التدرج يقضى بضرورة موافقة القانون لأحكام الدستور شكلا وموضوعا (٢) •

وقد ينظم الدستور ذاته وسيلة سياسية لأعمال الرقابة المذكورة ، وقد سبق عرض التطبيق الفرنسى فى هـذا الخصوص ، آما اذا سكت الدستور عن الأمر فان التسـاؤل يثور عن امكان وكيفية أعمال رقابة الدستورية ، وعلى الأخص فيما اذا كان يجوز للقضاء آن يمارس هذه الرقابة من عدمه •

ولا شـك ، ابتداء ، فى أن للقضاء آن يمارس الرقابة فيما يتعلق بمخالفة الدستور شكلا (٣) فقد يصدر القانون عن غير مجلس الشعب ، أو عن غير رئيس الجمهورية فى الحالات الاستثنائية التى يخول فيهـا الرئيس سلطة التشريع استثناء • وقـد يصـدر القانون دون اتبـاع الاجراءات الدستورية المطلوبة ، كعدم التصويت على مشروع القانون مادة مادة ، أو عدم حصول المشروع على الأغلبية المطلوبة آو عدم اصداره من جانب رئيس الجمهـورية آو عـدم نشره فى الجـريدة الرسمية •

---

(١) راجع : رمزى الشاعر ، النظم السياسية والقانون الدستورى، ١٩٧٧ ، ص ٢٦٤ .

(٢) راجع : أحمد سـلامه ، المدخل (١٩٧٨) ، رقم ٦٨ ، ص ١١٥ (القاهرة ١٩٦٠) ؛ سليمان مرقص ، المدخل للعلوم القانونية ، رقم ٩٢ ، ص ١٣٧ وما بعـدها .

(٣) راجع : أحمد كمال ابوالمجد ، الرقابة على دسـتورية القوانين وما بعدها حسن كـيره ، المدخل ، رقم ١٣ ، ص ٢٤٢ ؛ عبد الفتـاح عبد الباقى ، نظرية القانون ، رقم ١٦٠ ، ص ٢١١ ؛ عبد المنعـم البدراوى مبادىء القانون ، ١٩٧٢ رقم ٨٧ ، ص ١٣١ ؛ عبد الودود يحيى ، دورس فى مبادىء القانون ، ١٩٧٦ ، ١٩٧٧ ، ص ٧٧ وما بعدها

ففى مثل هذه الأحوال يجوز للقضاء ، بل ويجب عليه (١) ، أن يمتنع عن تطبيق القانون ، المزعوم ، وحكمة التسليم بالرقابة ، فى الفروض السابقة ، هى أن عدم اتباع الاجراءات الشكلية ، اللازمة دستوريا فى وضع القانون ، يؤدى الى اعتبار هذا القانون غير قائم أصلا . « فمشروع القانون ، لم يخرج بعد الى حيز الوجود الدستورى الذى يعتد به » . لذلك كان من اللازم التسليم بالرقابة ، وكان من السهل تبرير منحها للقضاء .

ولكن الخلاف ، والتردد ، قد ثارا فى الدول ذات الدساتير الجامدة حيث تطرق التساؤل الى تجويز رقابة دستورية القوانين فى حالة المخالفة من حيث الموضوع . فاذا كان القانون قد صدر من الجهة المختصة باصداره ، ووفقا للاجراءات التى تضمنها الدستور ، هل يجوز بحث مدى اتفاقه أو مخالفته للدستور من الناحية الموضوعية ؟

وقد انقسم رجال القانون بين مؤيد ومعارض لحق القضاء فى رقابة الدستورية ، وقدم كل فريق من الحجج ما يساند به رأيه :

١١٢ — فقد ذهب أعداء الرقابة (٢) الى القول بأن التسليم بها يعنى العدوان من جانب السلطة القضائية على اختصاص السلطة التشريعية . فالسماح للقاضى بسلطة تقييم دستورية القانون يخل اخلالا جسيما بمبدأ استقلال كل من السلطتين عن الأخرى (٣) . ومن ناحية

---

(١) راجع : حسن كيره ، المرجع السابق ، رقم ١٣٥ ، ص ٢٤٢ ، عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ، رقم ١٦٠ ، ص ٢١١ ، ومابعدها عبد المنعم البدراوى ، مبادىء القانون رقم ٩٧ ، ص ١٣١

(٢) راجع فى الموضوع أحمد كمال أبو المجد ، المرجع السابق ، ص ٣٨ ، سليمان مرقص ، المدخل للعلوم القانونية ١٩٥٧ ، ص ١٣٧ ومابعدها سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، ص ٣٤٤ ؛ فؤاد العطار ، المرجع السابق ، ص ١٩٤ ؛ محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص ٢٥٥ ؛ ٢٥٦

(٣) وجد هذا الاتجاه تأييدا فى بعض أحكام القضاء العادى مثلا : نقض جنائى ، ١٢ مايو سنة ١٩٤٧ ، المحاماه س ٢٨ ، ٧١٩ ، وقارن على العكس من ذلك نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٦٢ ، أحكام النقض س ١٣ ، ٧٣٤ ، حيث أشارت الى وجوب احترام مبدأ تدرج القواعد القانونية ، بمناسبة رقابة صحة قرار اذارى .

أخرى فان القاضى ، حين يفحص دستورية القانون ، يخرج عن أصول مهنته التى تدعوه الى الاقتصار على تطبيق القانون ، دون أن يتجاوز ذلك الى حد تقييم مدى صحته دستوريا (١) وأخيرا فان القاضى لا يستطيع أن يتعرض لما يسمى بأعمال السيادة ، ويجب أن يؤدى هذا المبدأ الى منعه من فحص دستورية القوانين ، لأن العمل التشريعى وهو عنوان ارادة الأمة ، ورمز سيادتها ، يعتبر أسمى وأعلى من أعمال السيادة .

١١٣ — غير أن الحجج السابقة لم تصمد أمام أنصار مبدأ الرقابة الذين فندوا الرأى السابق ودافعوا عن وجهة نظرهم بحجج أخرى أهمها (٢) :

١ — أن من أهم نتائج مبدأ الفصل بين السلطات تأكيد معنى الرقابة المتبادلة فيما بينها . لذلك فمن واجب القاضى حين يتأكد من خروج السلطة التشريعية على أحكام الدستور أن يذود عن حمى الدستور بأعمال سلطته فى رقابة الدستورية . والقول بعكس ذلك يؤدى الى استبداد السلطة التشريعية وطغيانها : « ان كل شخص يتمتع بسلطة يسىء استعمالها عادة ويتمادى فى هذا الاستعمال حتى يظهر من يوقفه عند حده » .

---

(١) راجع : سليمان مرقص ، المرجع السابق ، رقم ٩٢ ، ص ٦٣٧ : حيث يشير الى حجة للمعارضين لرقابة الدستورية ، مفاذها أن الاصدار عبارة عن شهادة بصحة صدور التشريع وثبوت قوة النفاذ له وأن السلطة القضائية تقتصر وظيفتها بعد ذلك على تطبيق التشريع .

(٢) راجع : فى الموضوع : احمد كمال ابو المجد ، المرجع السابق ، ص ٢٩ ؛ سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، ص ٣٤٢ ؛ فؤاد العطار ، المرجع السابق ، ص ١٩٥ ، عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ، ص ٢١٤ ؛ محموذ حافظ ، المرجع السابق ، ص ٢٥٦ ، ٢٥٧

٢ — ان ممارسة رقابة الدستورية يدخل فى صميم عمل القاضى (١) فحين يتعـارض أمام قانون معين مع أحكام الدستور ، فان ذلك يعنى تعارض قاعدتين قانونيتين مختلفتى القوة ، ولا شك أن من واجبه بيان أيهما واجب التطبيق (٢) ولابد آنه سينتهى الى وجوب تطبيق القـاعدة الأسمى فى الدستور •

---

(١) أخـذت بعض أحكام القضاء المصرى بهذا الاتجاه ، فقد قضت محكمة القضاء الادارى فى حكم لها فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ (مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها محكمة القضاء الادارى ،السنة الثانية.١٩٥٠، رقم ٥٥ ، ص ٣١٥) أنه ليس فى القانون المصرى مايمنع المحاكم المصرية من التصدى لبحث دستورية القوانين أو المراسيم بقوانين سواء من ناحية التشكل أو من ناحية الموضع ... وأن هذا التصدى هو أعمـال لمبـدأ الفصل بين السلطات ووضع للامور فى نصابها الدستورى الصحيح ... « ومن حيث أن الدسـتور المصرى (دسـتور سـنة ١٩٢٣) اذ قرر فى المـادة ٣٠ منه أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم ، قد ناط بها تفسير القوانين فى تطبيقها على ما يعرض عليها من شتى المنازعات . ويتفرع عن ذلك انها تملك عندتعارض القوانين بيان أيها الواجب التطبيق ، اذ لايعدو وان يكون هذا التعارض صعوبة قانونية مما يتولد من المنازعة ، فتشملها سلطة المحكمة فى التقدير وفى الفصل لأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع » « ومن حيث أن الدستور المصرى (دسـتور سـنة ١٩٢٣) اذ قرر فى منه حين جعل نفاذ أحكام القوانين السابقة عليه رهينا بان تكون متفقة مع أحكامه ،وغنى عن البيان ان الخطاب فى هذه المـادة موجه الى المحاكم التى يقوم لديها مثل هذا التعارض فى التطبيق بين تلك القوانين وبين الدستور، وسمح فى هذا النص دلالة مزدوجة اذ حيث ناط بها بحث مطابقة تلك القوانين للدستور اعتبر أن حقها فى هـذا البحث من المسلمات كما أنه اكد سيادة الدستور العليا اذا ما تعارض مع القوانين العادية » .

(٢) كذلك حكم محكمة القضـاء الادارى ٣٠ يونيو سـنة ١٩٥٢ (المحاماه س ٣٣ العدد الأول ص ٦٨) « ومن حيث أن أصلا من الأصول الدستورية هوأن القضاء يطبق القانون فيما يعرض عليه من الأقضيه ، سواء كان نصا دستوريا أو تشريعا .. أو قرارا اداريا تنظيميا . ومن حيث أنه اذا تعذر على القضاء تطبيق هذه التشريعات جميعا لما يوجد بينها من تعارض ، وجب عليه أن يطبق القانون الأعلى فى المرتبة وان يستبعد من دائرة التطبيق القانون الأدنى اذا تعارض مع القانون الأعلى . ومن حيث أن تطبيق الدستور دون القانون عند التعارض ليس معناه الحكم بالغاء القانون ، فهذا مالا تملكه المحكمة الا بنص صريح فى الدستور ولا تستطيع المحكمة ، من جهة أخرى ، أن تطبق القانون عند تعارضه مع الدستور ، فهذا مالا تملك الترخيص به الا برخصة دستورية صريحة . وكل ما تملك المحكمة ، عند سكوت الدستور ، هو أن تمتنع عن تطبيق القانون غير=

٣ — ان تصرفات الدولة يجب أن تتسم ، جميعها ، بطابع المشروعية ، والا انقلبت الى دولة استبدادية • ولن يتأتى تطبيق مبدأ المشروعية بغير تطبيق مبدأ تدرج القواعد القانونية • لذلك يجب أن تلتزم كل قاعدة بالأوضاع الشكلية والقواعد الموضوعية التى تفرضها القاعدة الأعلى منها ولن يتحقق ضمان فعال لهذا التدرج الا باسناد رقابة المشروعية الى الجهاز القضائى •

البند الثالث
رقابة دستورية القوانين بعد انشاء المحكمة العليا

١١٤ — حسم المشرع المصرى الخلاف حول جواز رقابة دستورية القوانين فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٦٩ حيث صدر القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بانشاء المحكمة العليا [1] •

وقد نصت المادة الرابعة (الفقرة الأولى) على أن تختص المحكمة العليا دون غيرها ، بالفصل فى « دستورية القوانين اذا دفع بعدم دستورية قانون أمام احدى المحاكم • وتحدد المحكمة التى أثير أمامها الدفع ميعاد للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ، ويوقف الفصل فى الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا فى الدفع ، فاذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد أعتبر الدفع كأن لم يكن » •

= الدستورى فى الأقضية المعروضة عليها ، وقضاؤها فى هذا مقصورعلى هذه الأقضية بالذات ، دون أن تتقيد محكمة أخرى بهذا القضاء بل دون أن تتقيد هى نفسها به فى قضية أخرى تنظرها بعد ذلك .

(١) وقد صدر خلال سنة ١٩٧٠ القانون رقم ٦٦ فى شأن الرسوم والاجراءات أمام المحكمة العليا . والى جانب الاختصاص برقابة الدستورية اسند الى المحكمة العليا اختصاصات أخرى هى : تفسير النصوص القانونية التى تستدعى ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها او ضمانا لوحدة التطبيق القضائى وذلك بناء على طلب وزير العدل . ويكون قرارها بالتفسير ملزما . ثم تختص هذه المحكمة بالفصل فى طلبات وقف تنفيذ الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم المشكلة للفصل فى منازعات الحكومة والقطاع العام ،وذلك الا اذا كان تنفيذ الحكم من شأنه الاضرار بأهداف الخطة الاقتصادية العامة للدولة أو الاخلال بسير المرافق العامة .

ويلاحظ على هذا النص أنه أسند الاختصاص بالفصل فى دستوريه القوانين للمحكمة العليا دون غيرها • وهو مذهب يختلف عما أخذت به بعض المحاكم المصرية ، التى تصدت لمسألة فحص الدستورية ، من اعتبار الدفع بعدم دستورية القوانين مسألة فرعية تختص بها الحاقا باختصاصها بأصل النزاع المعروض أمامها •

وقد أصبح أسلوب الدفع بعدم الدستورية محددا ، وفقا لقانون المحكمة العليا ، عن طريق تقديمه أثناء نظر أى نزاع أمام محاكم القضاء العادى ، أو محاكم القضاء الادارى • ومفاد ذلك أنه لا يجوز رفع دعوى أصلية مبتدأة بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا (١) •

كما أن المحكمة العليا حين تقضى بعدم الدستورية فانها لا تحكم بالغاء القانون ، ومع ذلك فان حكمها يلزم جميع جهات القضاء التى يتعين عليها ، بمقتضى قانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ (م ٣١) ، أن تمتنع عن تطبيق القانون الذى قضى بعدم دستوريته (٢) • وهذا الحكم يمثل قدرا من التوازن بين مبدأ استقلال وتوازن سلطات الدولة • فهى تسند للمحكمة العليا اختصاصا قضائيا بالبت فى مسـألة الدستورية ، وفى نفس الوقت يظل القانون قائما ، رغم الحكم بعدم دستوريته ، من الوجهة الدستورية ، الى أن يقوم مجلس الشعب ، صاحب الاختصاص التشريعى الأصيل ، بالغاء هذا القانون أو تعديله (٣) •

وتعتبر أحكام المحكمة العليا نهائية ، لا تقبل الطعن فيها بأى طريق

---

(١) كما لا يجوز للمحكمة التى يدفع امامها بعدم الدستورية أن تبت فيه ، كما هو واضح من نص المادة الرابعة المشار اليها فى المتن ، كما
(٢) حيث يتعين على الجهات القضائية المختلفة أن تلتزم بحكم المحكمة
لايجوز لها أن تتصدى لمسالة الدستورية من تلقاء نفسها •
العليا سـواء قضى بالدستورية او بتخلفها : راجـع : عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٩٤

(٣) راجع ، منصور مصطفى منصور ، دروس فى المدخل ، ١٩٧٢ ، رقم ٦١ ، ص ١١٧ و ١١٨

من طرق الطعن (١) . كما تنشر هذه الأحكام فى الجريدة الرسمية (٢) .

١٢٥ - أما دستور سنة ١٩٧١ فقد نص على انشاء محكمة أخرى هى المحكمة الدستورية العليا وهى حسب نص المادة ١٧٤ من الدستور « هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها فى جمهورية مصر العربية ومقرها مدينة القاهرة » .

ونصت المادة ١٧٦ من الدستور على أن القانون « ينظم كيفية تشكيل المحكمة الدستورية العليا ويبين الشروط الواجب توافرها فى أعضائها وحقوقهم وحصاناتهم » ونصت المادة ١٢٧ من الدستور على أن « أعضاء المحكمة الدستورية العليا غير قابلين للعزل ، والمحكمة هى التى تتولى مساءلة أعضائها على الوجه المبين فى القانون » .

أما بالنسبة للاختصاصات فقد حددتها المادة ١٧٥ وهى أن تتولى المحكمة الدستورية العليا ، دون غيرها ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية ، وذلك كله على النحو المبين فى القانون . ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة ، وينظم الاجراءات التى تتبع أمامها » .

ويتضح من هذا النص أن تتولى المحكمة الدستورية العليا اختصاصين محددين واختصاص غير محدد .

أما الاختصاصات المحددة فهى رقابة الدستورية ، وتفسير القوانين . أما الاختصاص غير المحدد ، فقد تركت المادة ١٧٥ من الدستور شأنه للسلطة التشريعية ، حيث يمكن للقانون أن يضيف اختصاصات أخرى جديدة للمحكمة المذكورة .

(١) مادة ١٣ من قانون انشاء المحكمة العليا .

(٢) مادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بالرسوم والاجراءات أمام المحكمة العليا .

وأخيرا نصت المـادة ١٧٨ من الدستور على أن تنشر فى الجريدة الرسمية الأحكام الصـادرة من المحكمة الدستورية العليـا والدعاوى الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية •

وقـد وضع الدستور (١) حكما انتقاليا يقضى بأن تستمر المحكمة العليا (التى أنشأها القـانون ٨١ لسنة ١٩٦٩) فى مباشرة اختصاصاتها الى أن يصـدر قانون تشكيل المحكمة الدستورية العليا • ونظرا لأن القانون الأخير ، المشار اليه ، لم يصدر بعد ، فان المحكمة العليا ما زالت هى صـاحبة الاختصاص برقابة دستورية القوانين ، وبتفسير النصوص القـانونية •

البنـد الرابـع
رقابة قانونية ودسـتورية اللوائح

١١٦ ـــ من المسلم به أن للمحاكم سلطة فحص مدى مطابقة اللائحة للقوانين والدستور ، سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع •

وقـد استند الفقـه والقضاء ، فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ ، على المـادة ٣٧ من هذا الدستور لاقرار مبدأ الرقابة المذكورة • فقد جاء هذا النص ليقرر أن «يضع الملك اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لهـا أو اعفاء من تنفيذها » • ومفاد هـذا الحكم أن الدستور يؤكد على مبدأ التدرج بين القواعد القانونية المختلفة • لذلك استقر الأمر ، وما زال فى ظل الدستور الحالى لسنة ١٩٧١ ، على أن للمحاكم أن تفحص قانونية اللائحة ، وكذلك دستوريتها ، وأن تؤكد ، من خلال هذا الفحص ، مبدأ تدرج القواعد القانونية • وللمحكمة أن تتعرض للفحص المشار اليه ولو من تلقاء نفسها ، وذلك نظرا لدخوله

(١) م ١٩٢ من الدستور •

فى نطاق وظيفتها (١) •

غير أن جزاء مخالفة اللائحة للقانون ، أو الدستور ، يتخذ شكلا مختلفا أمام القضاء العادى عنه أمام قضاء مجلس الدولة •

فأمام القضاء العادى لا يملك القاضى أن يحكم بالغاء اللائحة المخالفة ، وكل ما يملكه هو أن يمتنع عن تطبيقها اذا تمسك بذلك أحد الخصوم ، أو اذا انتهى من تلقاء نفسه الى تخلف المشروعية • بل ويرى البعض أن ذلك يمثل واجبا على عاتق المحكمة ، نظرا لتعلق مبدأ التدرج بالنظام العام (٢) •

أما القضاء الادارى ، فانه يختص ، وفقا لقانون انشاء مجلس الدولة ، بالغاء القرارات الادارية (يستوى فى ذلك القرار الادارى الفردى واللائحة) اذا طعن فيها أمامه بسبب عدم الاختصاص أو عيب فى الشكل أو مخالفة للقوانين (أو الدستور ، ومن باب أولى) أو بسبب الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها أو اساءة السلطة • ويتم الطعن ، بالنسبة للوائح ، خلال ستين يوما من تاريخ نشرها فى الجريدة الرسمية ، كما يجوز طلب الغاء اللائحة فى أى وقت ، بطريق غير مباشر ، فى اطار الطعن فى قرار ادارى فردى صدر استنادا الى هذه اللائحة •

ويلاحظ أخيرا ، أن المحكمة الدستورية العليا ، تملك وفقا للدستور ، وعندما يصدر قانون انشائها ، النظر فى دستورية اللوائح • ولا تعارض فى هذا الشأن بين اختصاص المحكمة الدستورية العليا

---

(١) راجع : سليمان مرقص ، المدخل للعلوم القانونية ١٩٥٧ ، رقم ٩١ ، ص ١٣٤ ومابعدها ، عبد المنعم البدراوى ، مبادىء القانون ، رقم ٨٦ ، ص ١٣٠.

(٢) راجع : سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص ١٣٦ ، سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٣٦٠ ، والهامش •

واختصاص القضاء الادارى ، فالأولى لا تملك سوى الحكم بعدم الدستورية ، فى حين يملك الثانى أن يذهب الى أبعد من ذلك عن طريق الحكم بالالغاء (١) .

١١٧ — أما المحكمة العليا ، التى أسند اليها قانون انشائها الاختصاص بالنظر فى دستورية القوانين ، فلم يخولها ، هذا القانون ، بحث دستورية اللائحة .

وقد اختلف رأى محكمة النقض فى هذه المسألة عن موقف المحكمة العليا .

فقد قضت محكمة النقض (١٩٧٢/١٢/٢١) (٢) بأن المادة الرابعة من قانون انشاء المحكمة العليا نصت على اختصاصها بالفصل « دون غيرها فى دستورية القوانين ، وورد النص فى المادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم بنشر « منطوق الأحكام الصادرة منها بالفصل فى دستورية القوانين » .. وانه لا يندرج تحت هذا النص أو ذاك الفصل فى دستورية القرارات بقوانين (٣) . وهو نص ملزم فى شأن الاختصاص لا تملك محكمة النقض أن تضيف اليه أو أن تعدل فيه » .

أما المحكمة العليا فقد اتخذت مذهبا يوسع من اختصاصها فى هذا الشأن ، فقد قضت بأن « رقابة القوانين تستهدف صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه باعتباره القانون الأساسى الأعلى الذى يرسى الأصول والقواعد التى يقوم عليها نظام الحكم ولما كان هذا الهدف لا يتحقق على الوجه الذى يعنيه المشرع فى المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا وفى مذكرته الايضاحية الا اذا انبسطت رقابة

---

(١) راجع : سمير تناغو ، المرجع السابق ، ص ٣٦١
(٢) سبقت الاشارة الى هذا الحكم
(٣) وهى كما سبقت الاشارة تعتبر لوائح الى أن يعتمدها مجلس الشعب .

المحكمة على التشريعات كافة على اختلاف أنواعها ومراتبها ، سواء أكانت تشريعات أصلية صادرة من الهيئة التشريعية ، أم كانت فرعية صادرة من السلطة التنفيذية فى حدود اختصاصها الدستورى ، ذلك أن مظنة الخروج على أحكام الدستور قائمة بالنسبة اليها جميعا بل ان هذه المظنة أقوى فى التشريعات الفرعية منها فى التشريعات الأصلية التى يتوفر لها من الدراسة والبحث والتمحيص فى جميع مراحل أعدادها ما لا يتوافر للتشريعات الفرعية التى تمثل الكثرة بين التشريعات • كما أن منها ماينظم حرية المواطنين وأمورهم اليومية مثل لوائح الضبط • ويؤيد هذا النظر أن التشريعات الفرعية (كاللوائح) تعتبر قوانين من حيث الموضوع وان لم تعتبر كذلك من حيث الشكل » (١) •

المبحث الثالث

العرف

١١٨ ـ للعرف معنيان أحدهما واسع والآخر محدد أو ضيق • أما المعنى الواسع فيشمل كل قاعدة قانونية تنبع من واقع الحياة وممارستها فى مجتمع معين ، وبغير تدخل السلطة التشريعية • ولا يقتصر هذا التعريف على العادات التى درج الناس على اتباعها فى علاقاتهم ، بل يشمل أيضا السوابق القضائية التى استقرت عليها المحاكم والآراء السائدة فى الفقه •

غير أن هذا المعنى ليس هو المقصود فى مقام دراسة مصادر القاعدة القانونية ، انما المقصود هو المعنى الضيق الذى يقصر العرف على نطاق محدد هو نطاق القاعدة القانونية غير المسنونة التى تنشأ من اطراد سلوك الأفراد فى مسألة معينة على وجه خاص مع اعتقادهم فى قوتها الملزمة » •

(١) راجع : حكم المحكمة العليا فى ٣ يوليو سنة ١٩٧١ ، منشور فى احكام وقرارات المحكمة العليا ؛ ياقوت العشماوى و عبد الحميد عثمان ، الجزء الأول ١٩٧٢ ، ص ٦٦ ومابعدها •

وللعرف بهذا المعنى أهمية بالغة ، فهـو مظهر التلقائية فى قـدرة المجتمع على الاستجابة لمقتضيات النظام والتنظيم فيما ينشأ بين أفراده من وقائع وعلاقات . وتتأكد هذه التلقائية ، لا فى نشأة القاعدة القانونية فحسب ، بل وفى تطورها أيضا : فالقاعدة العرفية تطور نفسها باستمرار مع تطور حاجات الجماعة وظروفها ، لذلك اعتبرت بحق عنوانا للمرونة والملاءمة ، ولهذا السبب كان العرف المصدر الأساسى للقواعد القانونية فى المجتمعات القديمة ، فهو أكثر المصادر ملاءمة بالنسبة للمجتمعات التى لم تبلغ حدا هاما من التقدم والتنظيم .

ففى العصور التى لم تعرف فيها الجماعات البشرية التنظيم السياسى فى صورته الحديثة المتطورة ، لم يكن للقاعدة القانونية من مصدر سوى ذلك التوافق على اتباع بعض قواعد السلوك المطردة فى علاقات الأفراد .

ورغم ما يتمتع به العـرف من مزايا المرونة والتطابق مع حاجات الجماعة الا أن له عيوبا كثيرة ، من أهمهـا أن العرف بطىء فى نشأته ، فلابد لوجوده من اطراد اتباعه زمنا طويلا . وهذا العيب يؤدى بدوره الى صعوبة التحقق من وجوده فى بعض مراحل نشأته . وأخيرا فان نشأة العرف وفقا لحاجة الجماعة وظروفها قد يؤدى الى تنوعه بين أقاليم الدولة المختلفة ، ومن شأن هذا التنوع الاخلال بالوحـدة والتناسق اللازمين فى الدولة الواحدة (١) .

ولقد أدى تطور المجتمعات البشرية وتطور نظمها السياسية الى أن تتولى الدولة بارادتها الرسمية مهمة سن القوانين . وكان من نتيجة ذلك أن أصبح التشريع هو المصدر الرسمى الأول للقواعد القانونية ، فى أغلب الدول الحديثة . وفى نفس الوقت احتل العرف مكانا ثانويا ، نسبيا .

ورغم التطور المشار اليـه ، فان العرف ، وان كان قد تخلى عن

---

(١) راجع : نعمان جمعـه ، دروس فى المدخل ، ١٩٧٥/١٩٧٦ ، ص١٧٢

مركزه الأول ، الا أن أهميته ما زالت كبيرة • ففى القانون المصرى نصت المادة الأولى من القانون المدنى ، كما سبقت الاشارة ، على اعتبار العرف مصدرا رسميا للقاعدة القانونية ، يلى التشريع مباشرة • بمعنى أن يتعين الالتجاء الى القوانين العرفية ، فى حالة غياب النصوص التشريعية •

لذلك سنعرض للعرف بشىء من التفصيل ، من خلال مطالب ثلاثة يخصص المطلب الأول لبعض من أهم النظريات الفقهية التى قيل بها فى شأن تحليل العرف ، وهى نظريات : المدرسة التاريخية ، وجينى ، ولامبير ، وفى المطلب الثانى نعرض لأركان العرف ، وفى المطلب الثالث والأخير نعرض لأثر العرف •

المطلب الأول

نظريات حول اساس القوة الملزمة للعرف

اولا : المدرسة التاريخية :

١١٩ ـ أعطت المدرسة التاريخية للعرف أهمية بالغة ، فقد ذهب دعاتها الى أن القانون ليس وليد الارادة الواعية المفكرة ، بل انه ، كأى ظاهرة اجتماعية ، كاللغة والأخلاق ، ينشأ تلقائيا • فهو لا ينشأ نتيجة تدخل مقصود وواع من جانب الانسان • فالقواعد القانونية تتكون وتتطور فى اطار ما يسمى الضمير الجماعى للشعب (سافينى) (١) •

لذلك يصبح من العبث ، بل ومن المستحيل ، أن نخلق قاعدة قانونية ، وغاية ما يمكن للانسان عمله هو أن يكشف ، فحسب ، عن القواعد القانونية فى مكامن وجودها ، وهو أساسا الضمير الجماعى للشعب •

وتنتهى المدرسة التاريخية ، انطلاقا من المفهوم السابق ، الى أن

---

(١) راجع : سافينى ، مطول القانون الرومانى ، ترجمة الى الفرنسية Guenoux الجزء الأول ص ١٤ وما بعدها .

ما يسمى مصادر منشئة للقـانون ، لا تنشىء فى الحقيقة شـيئا ، بل هى مجرد مظاهر لوجود قانوني سابق على وجودها (١) .

أما كيف يتكون القانون فى ضمير الشعب ، فأمره غاية فى البساطة ، وحصيلته أن الشعب يجرى على عادات معينة فى سلوكه ، على نحو مطرد، وهو فى ذلك لا يقصد بطريقة واعية أنه يخلق قاعدة قانونية ، ولكنـه يستجيب فقط ، وببساطة ، للاحساس القانونى الصادق الذى يعتمل فى ضـميره (٢) .

ويترتب على هـذا المنطق أن أساس القوة الملزمة للقـانون ليس هو ارادة الحاكم وليس ارادة الشعب ، وانما هو ما يستقر فى الضـمير الجمـاعى .

وقد تعرض مفهوم المدرسة التاريخية لعدة انتقادات هى فى مجملها الانتقادات التى وجهت للعرف فى ذاته كمصدر للقانون ، وهو أنه بطىء فى نشأته ، لا يصلح لمواجهـة مقتضيات المجتمع الحـديث . كل ذلك بالاضافة الى غموض فكرة الضمير الجماعى للشعب ، وصعوبة تحـديد المقصود بها على نحو منضبط (٣) .

ثانيا : نظـرية جينى :

١٢٠ ــ ذهب الأسـتاذ جينى Geny (٤) الى أن العرف يقتضى اجتماع عنصرين : العنصر المـادى ، والعنصر المعنوى .

فهو يفترض ابتداء مجموعة وقائع أو أعمال (أو امتناع) متكررة ،

---

(١) سافينى ، المرجع السابق ، ص ٣٣ ومابعدها .

(٢) سافينى ، السـابق ، ص ٣٤

(٣) راجع فى الموضوع : Lebrun ، العرف ، رقم١٦٧ ، ص ١٧١

(٤) راجع : جينى Geny ، أصول التفسير ، الطبعة الثانية ، رقم ١١٠ ، ص ٣١٩ وما بعدها .

وتمثل هذه العادة العنصر المادى للعرف (١) .

غير أنه يتعين أن يضاف الى العنصر المادى ، السابق ، عنصر الاحساس القانونى الذى يتضمن الاعتقاد فى الزامية السلوك التى درج الناس على اتباعه ، واقترانه بالتالى بجزاء يوقع على المخالف (٢) . وهذا العنصر الثانى هو ما يميز العرف عن العادة (التى يتكون بها العنصر الأول وحده) فالعادة لا تلزم بذاتها ، بل عن طريق تفسير ارادة الأفراد والكشف عن اتجاه تلك الارادة الى تبنيها .

أما عن أساس القوة الملزمة للعرف فان جينى لا يعتقد أن هذا الأساس هو الموافقة الضمنية من جانب المشرع . كما لا يجد هذا الأساس فيما تسميه المدرسة التاريخية الضمير الجماعى للشعب ، فهذه الفكرة الأخيرة تقوم على افتراض غير صحيح وغير ثابت حقيقة ، وغير كاف لتبرير القوة الملزمة لأى مصدر من مصادر القانون (٣) .

ويرى جينى أن العرف يستمد قوته الملزمة من طبيعة الأشياء ، لأنه يستجيب لضرورة اجتماعية حقيقية ومستمرة . فالعوامل الاجتماعية تفرض وجودها فى تنظيم العلاقات والأوضاع المختلفة . ويستند هذا التحليل الى أفكار ثلاثة :

الفكرة الأولى : هى ضرورة العرف لتحقيق الأمن بالنسبة للمصالح الخاصة ، وضرورته لاستقرار الحقوق ، واشباع الحاجة الى المساواة ، التى هى الضمان لكل صور العدل .

والضرورات السابقة تقتضى أن يضفى على قاعدة السلوك (العادة) التى كانت محلا لثقة الناس ، لمدة طويلة ، طابعا ملزما . وانها يجب لذلك

---

(١) راجع : جينى ، المرجع السابق ، رقم ١١٠ ، ص ٣١٩
(٢) راجع : جينى ، السابق ، رقم ١١٠ ، ص ٣٢٠
(٣) راجع : جينى ، المرجع السابق ، رقم ١١٥ ، ص ٣٤٠ ومابعدها.

أن تحتل مركزا مماثلا للقانون ، بقصد المساهمة فى تسيير علاقات الأفراد جميعـا •

الفكرة الثانية : أن الثقة فى العرف تمثل صدى لاحساس عميـق نابع من الطبيعة الانسانية ، وهى تدعم العرف باحترام ممزوج بالرهبة ، نظرا لأنه جاء من تعود أجيال سبقت ، ويخشى تغييره •

الفكرة الثالثـة : أن العـرف يستند الى موافقـة أصحاب الشأن جميعا ، بما فى ذلك من يحتمل أن تضر القاعدة العرفية بمصالحهم • وهذا الاعتراف ، أو الاقرار العام ، يمثل العلامة الفاصلة على قيمة القـاعدة العرفية ، ويمثل أحسن ضمان للتوازن الذى تقيمه بين المصالح المتعارضة التى تتولى تنظيمها (١) •

وأخيرا يلاحظ الأستاذ جينى ، نتيجة لمـا سبق ، ان القوة الملزمة للعـرف تعكس ضرورة اجتماعيـة ، ذلك أن عدم احترامه يؤدى الى الاضطراب الاجتماعى ، ويفوت اشباع المصالح الهامة فى المجتمع (٢) •

ثالثـا : نظـرية لامبيـر :

١٢١ — ويبدأ لامبير عرض فكرته بتحليـل للعنصر المعنـوى فى العرف ، الذى يعتقد كثير من الفقه أنه آساس القوة الملزمة • ويرى لامبير أن هـذا العنصر قد فهم على نحو مختلف فى الأزمنة المتعددة • وآنه لابد أن نختار بين فكرتين : فاما أن نعتبر أن العرف هو عمل من أعمال الاعتقاد أو أنه عمل من أعمال الارادة • وفى الحالتين تصطدم الفكرة باعتراضات عديدة • فحين يقال أن أساس العرف هو الاعتقاد العام من جانب الشعب فى وجوده ، يصبح من الصعوبة أن نوفق بين هذا القول وبين غمـوض العرف ، أو عدم التأكد من وجـوده ، فى بعض الحالات • ويصبح من الصعب بالتالى ، فى الحالات المذكورة ، أن نوفق بين مقولتين متعارضتين •

---

(١) راجع : جينى ، المرجع السابق ، رقم ١١٦ ، ص ٣٤٥
(٢) راجع : جينى ، المرجع السابق ، رقم ١١٦ ، ص ٢٤٧

مفاد الأولى أن كل قاعدة عرفية تدين بوجودها للاعتقاد العام من جانب كل أصحاب الشأن (الذين تخصهم القاعدة) ، ومفاد الثانية أن وجـود هذه القاعدة ذاتها يكون مشكوكا فيه ، أو غير معروف ، الى حد كبير . وأن الشك ، أو عدم المعرفة ، لا يقوم بالنسبة لجمهور الناس فحسب ، بل وبالنسبة لرجال القانون أيضا ، فى بعض الفروض (وهو أمر ينتفى فى حالة القواعد التشريعية) (١) . ويعتقد لامبير أن العرف عبارة عن مجموعة قواعد تم استخلاصها ، وفرضها ، بواسطة جمع من الأحكام القضائية . فالقضاء وحده هو الذى يضفى على العرف صفته الالزامية ، ويجعل منه قاعدة قانونية . أما القول بأن ارادة الجماعة هى التى تخلق العرف فان ذلك لا يصدق الا على ملاحظة العرف بعد نشأته . لأن مثل هـذا القول لا قيمة له طالمـا أن العـرف لم يقترن بسلطة لهـا قدرة الجبر . لذلك فان صدور أحكام قضائية متكررة ، وفى معنى واحد ، هو الذى يسبغ على العرف قوته التى لا تتزعزع . قوة يسـتمدها العرف ، بنـاء على الأحكام القضائية ، من حماس من صدرت تلك الأحكام لصـالحهم ، ومن استسلام وقبول من صدرت ضدهم (٢) .

وينبنى على ما سبق أن القضاء هو المصدر المنشىء للعرف ، وهو المصدر الحقيقى والضرورى . ومع ذلك فلا يجوز أن نهمل كليـة بعض العوامل المكملة . فقد توجد ، قبل صدور الأحكام القضائية ، وتواترها، عادات ومظاهر للسلوك والمجاملات ، فى مجالات عديدة ، خاصة مجال المعاملات التجارية . ولكن وجود هذه الظواهر لا يتخذ وصف القانون الا حين يضفى عليه القضاء من قوته الالزامية (٣) .

---

(١) راجع : Lombert فى مؤلفه : وظيفة القانون المدنى المقارن المقدمة ، باريس ١٩٠٣ - ص ١٣٦ وما بعدها .
(٢) راجع : لامبـير ، المرجع السابق ، ص ٨٠١
(٣) راجع : لامبـير ، المرجع السابق ، ص ٨٠٢

المطلب الثانى

اركان العرف

يقوم العرف على ركنين أساسيين هما الركن المادى والركن المعنوى •

اولا : الركن المادى :

١٢٢ — يتكون الركن المادى من اطراد سلوك الأفراد فى مسألة معينة على نحو معين • ويقتضى توافر هذا الركن توافر عدة شروط هى :

العمومية ، القدم ، عدم المخالفة للنظام العام والآداب العامة [١] :

١ — العمومية :

وهى عنصر لازم لكى تكتسب أية قاعدة سلوك وصف القاعدة القانونية ، حيث يلزم أن يكون خطاب القاعدة موجها الى مجموعة من الأشخاص غير المعينين بذواتهم •

ولا أهمية اذا توافرت العمومية ، على النحو المذكور ، أن يكون العرف شاملا لكل أقاليم الدولة ، أو محليا يقتصر على اقليم معين دون غيره •

كما أن العرف قد يكون شاملا فى خطابه لكل الأفراد الموجودين على اقليم الدولة ، وقد يقتصر العرف على موضوعات تخص طائفة أو فئة

---

(١) راجع : أحمد سلامه ، المدخل (١٩٧٧) ، رقم ٧٤ ، ص ١٣٢ ؛ توفيق فرج ، المدخل ، رقم ١٥٦ ، ص ٢٤١ ؛ جميل الشرقاوى ، دروس فى أصول القانون ١٩٧٢ ، رقم ٤٩ ، ص ١٣٧ ؛ حسن كيره ، المدخل ، رقم ١٤٩ ، ٢٦٣ ؛ سليمان مرقص ، المدخل ، رقم ١٤٢ ، ص ٢٤١ ، سمير تناغو ، النظرية العامة ، رقم ١٢٩ ، ص١٢٧ ؛ عبد المنعم البدراوى، مبادىء القانون ، رقم ١٤٣ ، ص ٢٠٧ ؛ عبد الودود يحيى ، دروس ، ص ٩٥ ؛ محموذ جمال الدين زكى ، دروس فى مقدمة الدراسات القانونية، رقم ٦٤ ، ص ١١٣ ؛ منصور مصطفى منصور ، دروس ، رقم ٧١ ، ص ١٣٢ ؛ نعمان جمعه ، المدخل للعلوم القاندنية ، ص ١٧٩

من الناس كالعرف المهنى أو الطائفى ، ومن أمثلته العـرف الذى ينظم شئون طائفة بذاتها كطائفة الزراع أو التجار أو المحامين ... الخ (١) .

٢ ـ القـــدم :

يشترط لكى ينشأ العرف أن يطرد سلوك الناس على أتباعه زمنـا طويلا . ولا يوجد حد معين للمدة الكافية لتكوين العـرف ، بل يختلف الأمر باختلاف ظروف الجماعة التى نبتت فيها القاعدة العرفية (٢) .

ويميز بعض الفقه بين العـرف الشامل لأقاليم الدولة ، والعـرف المحلى ، فى صـدد تطبيق الشرط المذكور .

فبالنسبة للعرف المحلى ، يجب لقيامه أن ينشأ من وقت لا تعيـه الذاكرة . أما العرف العام فيكفى فى شأنه أن تكون القاعدة قد استقرت بصفة نهائية ، بغض النظر عن تطلب قدر معين من الزمن . فعمومية العرف واتساع نطاق انتشاره فى الحـالة الثانية تغنى عن اشتراط القـــدم الطويل . وعلى العموم فان ضيق نطاق العرف المحلى اقتضى وجـوب التأكيد على وجوب أن يكون موغلا فى القـدم (٣) .

غير أن هذه التفرقة لا تقوم فى القانون المصرى ، فالقضاء هو الذى يقدر ، عند المنازعة ، قيام العرف ، وما اذا كان اتباع القاعدة قد استمر الزمن الكافى للاقرار بنشأتها من عدمه . وهو فى ذلك يتحقق من كون اطراد السلوك على نحو معين ليس أمرا عارضا فى حياة الجماعة .

ويرتبط بشرط القدم ويترتب عليه ضرورة أن يكون العرف ثابتا ، بمعنى أن يتبعه الأفراد بصفة مستمرة ، وألا يكونوا قد عدلوا عنه ، أو انقطعوا عن اتباعه ، لفترة أو لفترات متعددة (٤) . غير أن هذا التحفظ الأخير لا يعنى

---

(١) راجع : محمد لبيب شنب ، مذكرات فى المدخل ، ص ١٦٦ .
(٢) راجع : نعمان جمعه ، المرجع السابق ، ص ١٨٠ .
(٣) راجع : ما أشار اليه محمد على عرفه ، مبادىء العلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ، ص ٥٥ و ٥٦ .
(٤) راجع : احمد سلامه ، المدخل ١٩٧٧ ، رقم ٧٤

وجوب احترام كل الناس للقاعدة العرفية ، فالمخالفة لحكم القانون أمر طبيعى ووارد دائما ، غاية الأمر أنه لا يجوز أن تخل المخالفة باحترامه وتطبيقه (١) بين عموم الأفراد •

٣ — عدم المخالفة للنظام العام أو الآداب العامة :

ويستهدف هذا الشرط منع استقرار العادات السيئة أو الضارة بالمجتمع • وقد عبر البعض عن ذلك بالقول بوجوب أن يكون العرف سديدا أو معقولا (٢) فقد عرفت بعض المجتمعات صورا عديدة من عادات سيئة أخذت مجراها فى حياة الأفراد • ومن قبيل ذلك عادة وأد البنات فى الجاهلية ، وعادة الأخذ بالثأر فى صعيد مصر ، وعادة المبارزة لحسم المنازعات فى أوروبا فى العصور الوسطى (٣) ، (٤) •

وقد قضت محكمة النقض المصرية بما يفيد تبنيها لهذا الشرط الأخير : « الاتفاق بين المصريين على أن تقدم الزوجة « دوطة » بائنة تسلم الى الزوج عند الزواج للانتفاع بغلتها فى تحمل أعباء الحياة الزوجية هو اتفاق صحيح ذو طابع مالى ، ومن ثم يخضع لحكم القواعد العامة ولما تنصرف اليه ارادة عاقديه والعرف الجارى بين أفراد الطائفة التى ينتسبون اليها فيما لا مخالفة فيه لقواعد النظام العام » (٥) •

ثانيا — الركن المعنوى :

١٢٣ — لا يكفى مجرد توافر الشروط السابقة — الركن المادى — لقيام العرف • فاطراد سلوك الأفراد على وجه معين فى مسألة بذاتها ، قد

---

(١) راجع : عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ، رقم ١١٧ ، ص ١٥١ •

(٢) راجع : مارتى ورينو ، القانون المدنى ، الجزء الأول ، ١٩٧٢ ، رقم ١١٣ ، ص ٢٠٤ ، محمد على عرفه ، المرجع السابق ص ٤٥ •

(٣) راجع : جينى ، المرجع السابق ، ص ٣٧١ •

(٤) راجع : جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ١٣٨ •

(٥) نقض ١٩٥٢/١/١٢ ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض ، الجزء الأول (١٩٥٧) ص ١٦٩ ، ١٧٠ •

يتوافر فى بعض العادات ، دون أن يؤدى ذلك الى ارتقائها الى مرتبة القواعد القانونية العرفية (١) • فكثير من التقاليد والعادات المحلية ، كقواعد المجاملات تتوافر لها عناصر العمومية ، والقدم ، والثبات ، دون أن يترتب على ذلك اعتبارها عرفا •

فلكى ترتقى العادة الى مرتبة العرف ، لابد من توافر عنصر نفسى أو معنوى ، هو اعتقاد الناس فى أن قاعدة السلوك التى تتضمنها العادة هى قاعدة ملزمة وواجبة الاتباع • ويقترن ميلاد هذا الاعتقاد بقبول الكافة ـ أو الأغلبية على الأقل ـ توجيه سلوكهم وفقا لمضمون القاعدة المذكورة • ومع وجود هذا الاعتقاد ، وسيادته ، توجد القاعدة العرفية ، وتكتسب صفة الالزام •

ولكن هل يلزم لاكتمال عنصر الالزام فى القاعدة العرفية أن يتدخل القاضى ويحكم بمقتضاها ؟

ذهب بعض الفقهاء (٢) الى عدم التسليم بكفاية العنصر المعنوى السالف ذكره لاعتبار العرف ملزما ، وقالوا ان صفة الالزام لا تتحقق بمجرد اعتقاد الناس فى وجودها ، ولكنها تتحقق عندما يوافق القضاء على القاعدة العرفية ويحكم بمقتضاها ، وعلى هذا فان القضاء هو الذى يحكم بنشأة القاعدة العرفية الملزمة •

فعندما تصدر مجموعة من الأحكام القضائية المتطابقة ، فى قضايا متماثلة ، يستقر مبدأ عام ، فى صدد المسألة المتنازع عليها •

والمبدأ المستخلص ، على هذا النحو ، يكتسب قوة ملزمة تعادل قوة القواعد القانونية التشريعية • وهو أمر « لا شك فيه ، ولا يمكن أن

---

(١) راجع : محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، رقم ٦٥ ، ص ١١٥ •

(٢) راجع : لامبير ، المرجع السابق ، ص ٧٧٩ ، ومابعدها ؛ ليبران ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٠ ، ص ٢٥٧ •

يكون غير ذلك » (١) .

غير أن الرأى السابق لم يكتب له الرواج وذلك لضعفه من نواح عـــدة :

فاشتراط صدور أحكام قضائية ، لنشأة العرف ، انتهى بأنصاره الى اشتراط وجوب تواتر الأحكام القضائية على نحو معين . وبالتالى ينتهى الأمر الى أن تعلق نشأة القاعدة العرفية على صياغتها فى اطار سابقة قضائيـــة مستقرة . فصدور حكم قضائى ، أو بضع أحكام قضائية ، على نحو معين ، لا يكفى ، فى ذاته ، لالزام المحـــاكم الأخـــرى ولا يتوافر معه وصف « التواتر » المقصود فى ذلك الرأى المنتقد .

ومن الواضح أن الوصول الى مثل النتيجة السابقة يتنافى تمـــاما مع الفكرة المستقرة للعرف ، والتى من مقتضاها أن العرف ينشأ ويتطور ويكتمل فى خضم الحياة الاجتماعية ، وفق الشروط السالف بيانها ، كما أنه يستمد قوته الملزمة من الضرورة الاجتماعية التى فرضـــته وحتمت وجوده (٢) .

هذا فضلا عن أن من المتصور نشأة العرف ، فى بعض الفروض ، دون صدور أحكام قضائية فى شأنها ، فقد تنشأ القاعدة العرفية داخل مهنة أو حرفة معينة ، دون أن تحتاج فى استقرارها لأى اعتراف قضائى (٣) .

بيد أن هـــذه الملاحظة الأخـــيرة لا تعنى التقليل من اهميـــة دور القضاء فى اكتمال القاعدة العرفية ، فحين يؤكد القضاء وجودها بأحكامه،

---

(١) راجع : لامبير ، المرجع السابق ، ص ٢٥٠

(٢) راجع : عبد الودود يحيى ، دروس فى مبادىء القانون ١٩٧٦ ، حيث يلاحظ أن تأسيس القوة الملزمة للعرف على أحكام القضاء ، لا يستقيم مع الواقع .... والا فان التساؤل يثور « لمـــاذا طبق القضـــاء العرف لأول مرة » .

(٣) راجع : مارتى ورينو ، المرجع الســـابق ، رقم ١١٤ ، ص ٢٠٣ و ٢٠٤ .

فانه يعجل باثبات استقرارها ، ويسجل قوتها الملزمة على نحو أكثر فعالية من الناحية الواقعية ، ويؤكد ، بالتالى ، وجوب احترامها .

العرف والعادة الاتفاقية :

١٢٤ — قد يطرد سلوك الناس على وجه معين دون أن يصل هذا الاطراد الى حد توافر الاعتقاد فى الصفة الالزامية لهذا السلوك ، أى أن يتحقق الركن المادى فى العرف دون الركن المعنوى . ففى مثل هذا الفرض ، الذى يسمى أحيانا بالعرف الناقص ، نكون بصدد عادة اتفاقية.

ونظرا لتخلف الركن المعنوى ، فان هذه العادات لا ترقى الى مرتبة القواعد القانونية الملزمة فى ذاتها ، ولكنها قد ترقى الى هذه المرتبة اذا أتفق الأفراد على اتباع حكمها ، سواء صراحة أو ضمنها . وهذه العبارات تكون فى الغالب عادات محلية ، تختلف باختلاف أقاليم الدولة الواحدة كما تختلف باختلاف المهن . فقد توجد فى علاقات الحرفيين عادات خاصة ، وقد تجرى عادات التجار على أحكام معينة .

ومن قبيل العادات المذكورة ، أن تباع المائة حبة من الفاكهة مائة وعشر ، أو أن تجرى العادة فى منطقة معينة على أن يتم زراعة الأرض المؤجرة محصولا بذاته (١) ، أو انه اذا قامت شركة بين شخصين قدم أحدهما المال وقدم الآخر العمل ، تم توزيع الربح على أساس أن للأول الثلثين والثلث للثانى (٢) .

وكما سبق ، لا ترقى العادة الى قوة الالزام الا بمقتضى الاتفاق . وهذا الاتفاق قد يكون صريحا ، اذا أحال الى العادة مباشرة ، وفى هذه الحالة يطبق الحكم على أساس أنه جزء من العقد يستمد منه قوته

---

(١) راجع : محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ٥٧ ، ٥٨ .
(٢) راجع : عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، رقم ١٢٣ ، ص ١٦٠ .

الملزمة صراحة • أما اذا لم يتفق على تطبيق العادة صراحة فلابد أن يستخلص ذلك ضمنا ، ويتم هذا الاستخلاص ابتداء بعلم الأطراف بوجود القاعدة وعدم استبعاد حكمها رغم ذلك ، بمعنى أنه يفترض انصراف الارادة الى تطبيق العادة اذا كان أطراف العقد على علم بوجودها ومع ذلك لم يتفقا على استبعادها • أما اذا كان الأطراف على جهل بوجود العادة أصلا ، فلا مجال لافتراض انصراف الارادة اليها (١) •

ويترتب على هذا التحديد الأخير أن العلم بوجود العادة وما يترتب عليه من الأثر السابق ذكره قد يتم استخلاصه من ظروف متعددة كالملابسات التى تحيط بالتعاقد ، ووجود تعامل سابق بين الطرفين على ذات نحو ما وردت به العادة الاتفاقية •

وأخيرا يلاحظ أن العادة الاتفاقية بوصفها عرفا ناقصا قد تتحول الى عرف كامل ، وذلك حين يلحق بالعادة (الركن المادى) ، وبمرور الوقت ، اعتقاد لدى الجماعة فى قوتها الملزمة • ففى هذه المرحلة يكتمل لقاعدة السلوك العناصر اللازمة لقيام العرف الملزم قانونا (٢) •

المطلب الثالث

اثـر العـرف

١٢٥ ــ اذا توافر للعادة الركنان المادى والمعنوى ، على الوجه السالف بيانه ، نشأت القاعدة القانونية العرفية • وتتميز هذه القاعدة بأنها تنشأ بمجرد توافر أركانها ، وبغير حاجة الى اعلان رسمى بوجودها ، كالنشر أو الأحكام القضائية • ويعتبر العرف المصدر الاحتياطى الأول للقانون فى النظام القانونى المصرى • فحين لا يجد القاضى نصا تشريعيا يمكن تطبيقه على ما يعرض عليه من نزاع ،يجب عليه أن يبحث عن الحل فى القواعد العرفية •

---

(١) جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، رقم ٥٠ ، ص ١٤١ •
(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، رقم ١٢٦ ، ص ١٦٣

ويترتب على اعتبار العرف مصدرا احتياطيا ، أنه يحتل بالنسبة للتشريع مرتبة أدنى فى تدرج مصادر القواعد القانونية (١) .

ويترتب على منطق التدرج السابق ، أن العرف ، كمصدر للقانون يستطيع سد النقص فى كافة فروع القانون ، وذلك حين يتخلف التشريع عن مواجهة مشكلة معينة (٢) .

غير أن أهمية العرف تتفاوت من فرع الى آخر . ففى القانون التجارى يلعب العرف دورا على قدر كبير من الأهمية ، ويرجع السبب الى أن العرف التجارى كان ، وما زال ، ينظم كثيرا من المسائل التجارية (٣) . كما أن للعرف فى نطاق القانون الدستورى (٤) أهمية

---

(١) ومن أمثلة العرف فى اطار القانون المدنى ماجرى فى مصر على ان اثاث المنزل ملك الزوجة المسلمة ، استنادا الى قرينة أن الزوجة هى التى تقوم بشراء الأثاث من مالها أو مال عائلها ، ويجوز نفى هذه القرينه باثبات العكس . ومن قبيله أيضا ما قضت به محكمة ملوى الجزئية (فى ٢٥ اكتوبر سنه ١٩٤١ المحاماة س ٢٢ ص ٢٦٨ من ان العرف جرى فى بعض بلاد الوجه القبلى على وجوب رد الهدايا التى تقدم فى المناسبات السعيدة أو التهنئة فى مناسبة مماثلة .

(٢) وقد تحيل نصوص القانون صراحة على العرف لتطبيقه بدلا من القواعد التشريعية فى بعض الحالات . ومن هذا القبيل ما تنص عليه المادة ٤٥٦ من القانون المدنى من أن « يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » ، وما نصت عليه المادة ٤٦٢ مدنى من أن نفقات عقد البيع ورسوم « الدمغة» والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى مالم يوجد اتفاق او عرف يقضى بغير ذلك » ، وما قضت به المادة ٤٦٤ من أن نفقات تسليم المبيع تكون على المشترى مالم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك » . ففى جميع هذه الحالات لا يتعلق حكم القانون بالنظام العام ، فهو يقرر قاعدة مكملة لارادة المتعاقدين ، يجوز الاتفاق على مخالفتها ، لذلك يفسح المشرع ، فى شأنها ، المجال أمام العرف ليسبق تطبيق القواعد القانونية التشريعية .

(٣) ومن القواعد العرفية فى نطاق القانون التجارى قاعدة تحديد اجر السمسار بمقدار ٢٫٥٪ ، وافتراض التضامن بين المدنيين بدين تجارى ، وتقاضى فوائد على متجمد الفوائد فى الحساب الجارى ، وامكان زيادة الفوائد على راس المال (عبد المنعم البدراوى ، مبادىء القانون ص ٢١٨ ، ١٩٦٢) .

(٤) ومن قبيل العرف الدستورى فى ظل دستور سنة ١٩٢٣

كبيرة فى خلق بعض القواعد الدستورية الهامة • أما فى نطاق القانون الجنائى فليس للعرف أهمية تذكر ، ذلك أن هذا القانون يقوم على مبدأ ألا جريمة ولا عقوبة الا بنص فى القانون (١) •

١٢٦ — ويترتب على اعتبار العرف قاعدة قانونية بالمعنى الكامل بعض النتائج الهامة وهى :

(١) أن العرف قانون ولذلك لا يعذر المرء بجهله به ، وبالتالى يطبق العرف على الأفراد سواء علموا به أم لم يعلموا •

(٢) يفترض علم القاضى بالعرف ، كما يفترض علمه بالتشريع ، وبالتالى يتعين عليه أن يطبق العرف من تلقاء نفسه دون أن يكلف الأفراد باثباته ، فالمتقاضون لا يكلفون باثبات القواعد القانونية الواجبة التطبيق•

(٣) أن الأصل أن يخضع القاضى فى تطبيقه للعرف لرقابة محكمة النقض ، كما هو الحال بالنسبة لتطبيق القواعد القانونية الأخرى •

= (قبل الثورة) حق الملك فى الاعتراض على المرشحين لتولى الوزارة ، وحق الحكومة فى اصدار لوائح الضبط (البوليس) ، وفى ظل دستور ١٩٥٨ حق رئيس الجمهورية فى العفو واصدار لوائح الضبط واللوائح التنفيذية • ويلاحظ أن العرف الدستورى يقف فى سلم التدرج أسمى من القواعد التشريعية العادية. وفى نطاق القانون الادارى ينشأ العرف اذادرجت الادارة على سلوك معين التزمت به زمنا طويلا واتخذته منهجا لها (محكمة القضاء الادارى فى ٤ مايو ، ١٩٥٠ ، المحاماة ، ٤١ — ص ٢٣٥)

راجع : جميل الشرقاوى ، دروس فى أصول القانون ، رقم ٢٥١ ، ص ١٤٣ ومابعدها

(١) ومع ذلك فان العرف يمكن أن ينشىء التزاما تؤدى مخالفته الى الوقوع تحت طائلة القانون الجنائى • ومن قبيل ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية سنة ١٩٤٨ من أنه لا محل للقول بأنه لا توجد لوائح تقضى بان يلتزم سائق السيارة السير على اليمين فى اجتياز الميدان وان يدور حوله ، فان العرف جرى بان يلتزم سائقوا السيارات الجانب الأيمن من الطريف دائما . ومخالفة هذا العرف تتحقق به مخالفة لائحة السيارات التى تنص على أنه لا يجوز سير السيارات بسرعة وبكيفية ينجم عنها حسب الاحوال خطر ما على حياة الجمهور وممتلكاته ; نقض جنائى ٦ أبريل سنة ١٩٤٨ ، المحاماة س ٢٩ ص ٢٦٦

غير أن قضاء محكمة النقض الفرنسية قد ذهب مذهبا مخالفا للنظر السابق • فقد فرقت هذه المحكمة بين حالة احالة المشرع على العرف صراحة وحالة عدم وجود هذه الاحالة • ففى حالة الاحالة على العرف تنطبق رقابة محكمة النقض على قاضى الموضوع سواء فى التثبت من وجود العرف أو فى شأن تفسيره وتطبيقه • أما اذا كان تطبيق العرف بغير احالة من المشرع فان محكمة النقض لا تراقب محكمة الموضوع ، لا فى شأن وجود العرف ، ولا فى شأن تطبيقه • أى أن وجود العرف وتطبيقه ، فى هذا الفرض الأخير ، يعد من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع •

وقد قضت محكمة النقض المصرية فى ذات المعنى السابق ، دون أن تفرق بين حالة الاحالة التشريعية وغيرها • فقد حكمت بأن تحرى العرف فى ذاته أمر من أمور الموضوع التى لا شأن لمحكمة النقض فيها (١) ، وفى حكم آخر قضت أن تقدير قيام العرف هو من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة لمحكمة النقض عليها » (٢) •

وقد انتقد كثير من الفقه المذهب السابق ، على أساس أن فيه انكار لطبيعة العرف بوصفه قانونا ، اذا كان يتعين التسليم بالنتائج المنطقية لهذا الوصف (٣) •

---

(١) ١٩٣٥/١٠/٣١ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض ، الجزء الأول (١٩٥٧) ص ١٠٣ ، ١٠٤ ، رقم ٤٤

(٢) ١٩١٧/٤/١٨ ، مجموعة القواعد ، الجزء الثالث ، ١٩٦٥ ، ص ٥١٧ ، راجع نقض مدنى ١٩٧١/٢/٢ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٢ ص ١٥٤

(٣) راجع فى الموضوع : أحمد سلامه ، المدخل (ط١٩٧٧) رقم ٧٩، ص ١٤٧ وما بعدها ؛ حسن كيره ، المدخل ، رقم ١٥٢ ص ٢٧٠ وما بعدها ، سليمان مرقص ، المدخل ، رقم ١٥٤ ، ص ٢٦٩ ؛ سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، رقم ١٣٥ ، ص ٤٤٦ وما بعدها ؛ عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، رقم ١٤٦ ، ص ٢١١ ، عبد الودود يحيى ، دروس فى مبادىء القانون ص ١٠١ ، منصور مصطفى منصور ، دروس ، رقم ٧٤ ، ص ١٣٩ •

١٢٧ — ويلاحظ أن النتائج السابقة تفارق بين العرف والعـادة الاتفاقية • فالعادة ليست قانونا ، ولذلك تخضع لعكس النتائج الثلاث السابق ذكرها • فهى مجرد واقعـة ، وبالتالى لا يفترض علم القـاضى أو الأفراد بها ، ويتعين على من يدعى وجودها أن يقيم الدليل على صدق ادعائه • كما أن القضاء لا يخضع فى اقراره لوجود العادة أو تطبيقهـا لرقابة محكمة النقض •

هل يجوز للعرف ان يخالف التشريع ؟

١٢٨ — أشرنا فيما سبق الى أن العرف يعد مصدرا احتياطيا لا يلجأ اليه القاضى الا فى حالة غياب النصوص التشريعية •• فهو بالتالى فى المرتبة التالية للتشريع • ويترتب على هذا القول أنه لا يجوز للعرف مخالفـة النصوص القانونية • وتتأكد هذه القاعدة بالنسبة للقواعد الآمرة •• فهذه الأخيرة تنظم مسائل تتعلق بالمصلحة العامة ، فلا يجوز أن يفلت زمام السيطرة على تنظيمها من قبضة السلطة القائمة على التشريع فى الدولة •

ومع ذلك فان بعض الفقه يجيز للعرف التجارى أن يخالف القواعد الآمرة فى القانون المدنى (١) ، وذلك على أساس أن مثل هـذا القول لا يؤثر على مبدأ تدرج مصادر القـانون ، بل يقتصر على تحديد نطاق تطبيق كل من القـانون التجارى والقانون المدنى (٢) • كما أن قواعد القانون المدنى تعتبر الشريعة العامة بالنسبة للمعاملات الخاصة ، فى حين يعتبر القانون التجارى هو القانون الخاص بالنسبة للمعاملات التجارية ، وبالتالى فان القانون المدنى يكمل القانون التجارى فى حالة غياب النص • فاذا ثار نزاع تجارى معين وجب البحث عن قاعدة خاصة فى نطاق القواعد التجارية التشريعية أو العرفية ، وبالتالى لا مجال للتنازع بين العـرف التجارى وبين نصوص القانون المدنى •

---

(١) راجع فى الموضوع : سليمان مرقص، المرجع السابق ، رقم١٥٢، ص ٢٦٣ ، وما بعدها .

(٢) راجع : توفيق فرج ، المدخل ، رقم ١٦٢ ، ص ٢٥٤ .

وقـد أوردت المـادة ٢٣٢ مدنى نصـا يجيز أن يخالف العرف التجارى قاعدة مدنية آمرة « يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز فى أية حال يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس لمـال وذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » كما نصت المـادة ١٠٨ مدنى على حظر تعاقد الشخص مع نفسه بغير ترخيص من الأصيل الا اذا اقتضت قواعد التجارة خلاف ذلك .

وينبنى على ما سبق أيضا أن العرف التجارى لا يملك مخالفـة النصوص التجارية الآمرة (١) .

أما بالنسبة للقواعد التشريعية المفسرة ، فمن المقـرر أنه يجـوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها ، فهى كمـا يذكر مكملة لارادة الطرفين المتعاقدين ، لذلك يجـوز أن ينشأ عرف مخالف لها . ويحرص المشرع فى حالات متعـددة على أن يضيف الى القـاعدة المكملة تحفظ يقول « ما لم يوجـد عرف يخالف ذلك » . ومن هـذا القبيل ما نصت عليه المـادة ٤٦٤ مدنى من أن نفقات تسليم المبيع على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك (٢) .

المبحث الرابع

الشريعة الاسـلامية

١٢٩ — احتلت الشريعة الاسلامية فى مصر مركز الصدارة كمصدر رسمى للقانون منذ الفتح الاسلامى . وكان سلطانها يشمل كافة العلاقات سواء ما دخل منهـا فى اطار الأحوال الشخصية أو فى اطار المعاملات المـالية . ولم يكن يخرج عن هـذا السلطان سوى مسائل الأحـوال

---

(١) راجع : توفيق فرج ، المدخل ، ص ٢٥٥ ، محمد لبيب شنب، مذكرات فى المدخل ، رقم ٨٩ ، ص ١١٨ و ١١٩ .

(٢) راجع : عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، رقم ١٢٢، ص ١٥٧ و ١٥٨ ، منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، رقم ٨٢ ، ص ١٥٣ وما بعدها .

الشخصية لغير المسلمين ، فقد تركت هذه المسائل لحكم القوانين الخاصة بكل ملة .

وظل الحال كذلك حتى بدأت مصر تأخذ بالقوانين الفرنسية ابتداء من سنة ١٨٧٥ فى موضوعات القانون المدنى ، والتجارى ، والمرافعات والعقوبات وتحقيق الجنايات .

وبصدور هذه القوانين أصبح نطاق تطبيق الشريعة الاسلامية محصورا فى مسائل الأحوال الشخصية وبعض مسائل الارث والوصايا والوقف والولاية والوصاية والقوامة والحجر والاذن بالادارة والغيبة .

ثم صدرت قوانين متلاحقة بتنظيم أغلب هذه المسائل بحيث لم تعد الشريعة الاسلامية والأديان الأخرى مصدرا رسميا أصليا الا فى أضيق الحدود ، فلم يبق خاضعا للأديان سوى مسائل الأسرة ، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجية وواجباتها المتبادلة والمهر والدوطة ونظام أموال الزوجين والطلاق والتطليق ومسائل البنوة والالتزام بالنفقة بين الأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبنى (١) .

وقد جعل المشرع بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من الشريعة الخاصة القاعدة العامة فى حكم هذه المسائل . وقد قيدت المادة السادسة من هذا القانون امكان تطبيق الشريعة الخاصة بغير المسلمين بشرطين أساسيين :

١ — وجوب اتحادهم فى الديانة والملة والطائفة فان اختلفوا فى شيء من ذلك وجب تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية .

٢ — أن تكون لهم جهات قضائية منظمة ومعترف بها وقت صدور

---

(١) راجع : احمد سلامه ، الوجيز فى الأحوال الشخصية ، ١٩٧٥، رقم ٥ وما بعدها ، ص ١١ وما بعدها ؛ توفيق فرج ، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ، ١٩٦٩ ، ص ٣٠ وما بعدها .

القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (١) •

ويلاحظ أن المقصود بالشريعة الاسلامية كمصدر رسمى أصلى فى مسائل الأسرة هو الرأى الراجح من مذهب الامام أبى حنيفة •

١٣٠ — والى جانب دور الشريعة كمصدر أصلى فى ذلك النطاق الضيق ، تلعب الشريعة دورا هاما كمصدر احتياطى للقاعدة القانونية — وهذا هو المقصود فى هذا المبحث الرابع — وفقا لنص المادة الأولى من القانون المدنى • فقد سبق أن أشرنا الى أن هذه المادة جعلت من الشريعة مصدرا احتياطيا يلى العرف فى الترتيب • فحين لا يجد القاضى نصا فى التشريع عليه أن يبحث عن قاعدة عرفية ، فاذا تيقن من عدم وجود نص تشريعى أو قاعدة عرفية ، وجب عليه أن يبحث فى مبادىء الشريعة الاسلامية عن حكم يمكن تطبيقه •

والمقصود بمبادىء الشريعة هنا ليس الرأى الراجح من مذهب أبى حنيفة بل المبادىء العامة الكلية التى لا تختلف من مذهب الى مذهب (٢) ، وحتى ان وجد مثل هذا الاختلاف فان القاضى لا يتقيد بمذهب محدد ، بل يستطيع أن يأخذ ما يراه أكثر ملاءمة للتطبيق ، ومن الفقه من يرى امكان الرجوع الى آراء تخرج عن نطاق المذاهب الأربعة المشهورة •

---

(١) يضاف الى ذلك الا يتوافر أحد موانع تطبيق الشريعة الخاصة ، وهى :
١ — تغيير الديانة الىالاسلام، حتى لوحدث ذلك بعد رفع الدعوى.
٢ — ألا تتعارض أحكام الديانة الخاصة مع النظام العام : راجع : أحمد سلامه ، الوجيز فى الأحوال الشخصية ، رقم ٣٩ وما بعدها ، ص ٥٩ وما بعدها ؛ توفيق فرج ، أحكام الأحوال الشخصية ، ص ٢١٠ وما بعدها ، وص ٢٥٧ وما بعدها .

(٢) راجع : احمد سلامه ، المدخل ١٩٧٧ ، رقم ٨١ ، ص ١٥٢ ؛ توفيق فرج ، المدخل ، رقم ١٦٧ ، ص ٢٦٥ وما بعدها ، عبد المنعم البدراوى ، مبادىء القانون ، رقم ١٥٧ ، ص ٢٢٥ ، عبد الودود يحيى دروس فى مبادىء القانون ، ص ١٠٧ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكى ، دروس فى مبادىء القانون ، ص ٧٠ ، ص ١٢٦ وما بعدها .

وكان نص المــادة الأولى من القانون المدنى يقيد الأخذ بمبادىء الشريعة بأن تكون ملائمة لأحكام هذا القانون . فقد كان نص هــذه المــادة يجرى على النحو التالى : « ... فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هــذا القانون ... » وكان القصد من اضافة قيد الملاءمة هو الحفــاظ على تجانس أحكام القانون المدنى ، غير أن لجنــة المراجعــة حذفت القيد المذكور بحجة أن عدم التجانس بين مبادىء الشريعة وأحكام القانون المدنى أمر مستبعد ، لأن الالتجاء الى مبادىء الشريعة لا يرد الا فى حالة غياب النص التشريعى والقاعدة العرفية . ولذلك فالشريعة لا تقدم الحل الا حين يعجز التشريع عن ذلك ، وبالتالى لا يتصور قيام تنافر بينهما (١) .

ومن ناحية أخرى وهذ هو الأهم ، فان على القاضى باجتهاده أن يقرب بين أحكام كل من الشريعة الاسلامية والقانون المدنى .

١٣١ ــ وقبل أن نترك مقــام الشريعــة الاسلامية لابد أن نبدى ملاحظتين هامتين :

الملاحظة الأولى : هى أنه رغم وضع الشريعة الاسلامية مصــدرا احتياطيا فى المقام الثانى بعد العرف ، فان المشرع فى القانون المدنى الحالى قد استقى كثيرا من الأحكام التى وردت فى نصوصه من مبادىء الشريعة الاسلامية . ومن هذا القبيل الأحكام الخاصة بنظرية التعسف فى استعمال الحق (م ٤ و ٥) ، وبعض المسائل الخاصة بانعقاد العقد (م ٢/٩٤) ، وآثار النيابة القــانونية (م ١٠٤ ــ ١٠٦) ، وبعض أحكام المسئولية القائمة على الخطأ (م ١٦٤) ، وبطلان هبة المــال المستقبل (م ٤٩٢) ، وموانع الرجوع فى الهبة (م ٥٠٢) ، وضمان العيب فى الايجار (م٥٧٦ ــ ٥٧٨) ، وايجار الوقف (م ٦٢٨ ــ ٦٣٣) ، والتزامات الجوار (م٨٠٧) ،

---

(١) راجع: منصور مصطفى منصور ، دروس ، رقم ٨٣ ، ص١٥٧ .

وأحكام الحائط المشترك (٨١٤ — ٨١٨) ، وملكية الطبقات (م ٨٥٦ — ٨٦١) ، وتصرف المريض مرض المـوت (م ٩١٦) والتصرف لوارث (م ٩١٧) (١) .

وترجع أهمية هذه الملاحظة الى أنها تعنى أن أحكام الشريعة كامنة فى صلب التشريع كمصدر أول للقانون ، من الناحية المـادية .

الملاحظة الثانية : أن هناك دعوة الى تبنى الشريعة الاسلامية كنظام كامل للمجتمع . وقد أسفرت هذه الدعوة الى وجود نص هام فى دستور سنة ١٩٧١ يعكس هـذا الاهتمام . فقـد نصت المـادة الثانيـة من الدستور على أن الاسلام دين الدولة وأن « مبادىء الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع » . غير أن هـذا النص قـد جعل من الشريعة « مصدرا » رئيسيا للتشريع ولم يجعلها « المصدر » الرئيسى له . ولذلك فان أهميته هى فى أنه يمثل توجيها للسلطات العامة فى أن تعتمد بصفة رئيسية على مبادىء الشريعة الاسلامية فيما تسنه من تشريعات مختلفة . أما على مستوى التطبيق القانونى فان دور الشريعة يقتصر على ما أوردته المـادة الأولى فى القانون المدنى من أنهـا مصـدر احتياطى للقواعد القانونية . وذلك بالاضافة الى دورها كمصدر رسمى أول فى مسائل الأحوال الشخصية (٢) .

المبحث الخامس

مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة

١٣٢ — اذ لم يجد القاضى نصا تشريعيا وجب عليه أن يبحث عن قاعدة عرفية ، فان لم يجد فعليه أن يستعين بمبادىء الشريعة الاسلامية ،

---

(١) راجع : السنهورى ، الوسيط مصادر الالتزام ١٩٥٢ ، ص ٤٤ وما بعـدها ؛ محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ ؛ محمد لبيب شنب ، مذكرات فى المدخل ، رقم ٩٤ ، ص ١٢٨ .

(٢) راجع : منصور مصطفى منصور ، دروس ، رقم ٢٨٤، ص ١٦٠ وراجع وقارن ؛ سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، رقم ٨٢ ، ص ٢٦١ وما بعدها .

فاذا لم تسعفه هذه المصادر بالحكم الواجب الاتباع يلتزم القاضى بالفصل فيما يرفع اليه من قضايا ، ولا يستطيع أن يتخلى عن مهمته بحجة غياب القواعد القانونيــة ، أو غموضها ، والا أعتبر مرتكبا لجريمة انكار العــدالة (١) .

ولكى يتحاشى المشرع ورود مثل هــذا الفرض أضاف فى المــادة الأولى من القانون المدنى الى المصادر الثلاث السابقة مصدرا رابعا يتسم بالشمول والعمومية هو « مبادىء القــانون الطبيعى وقواعد العدالة » فعلى القاضى حين لا يجد حكما فى المصادر الثلاث الاخرى ، وفق الترتيب الذى أورده نص المــادة الأولى ، أن يحكم بمقتضى هذه القواعد (٢) .

فما هو مضمون مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ؟

الحق أنه لا يمكن اعطاء تعريف محدد لهذه المبادىء : فالقانون الطبيعى لم يكن فى يوم من الأيام سوى مجموعة من الأفكار العــامة والمبهمة التى لم يستقر لها مضمون معين (٣) ، وكل ما أمكن ذكره عن جوهرها يدور حول أنها « المبادىء الأبدية والمثالية التى يتوصل اليها الانسان بتفكيره وعقله وتأمله » .

وتلتقى فكرة العدالة بالفكرة السابقة من حيث المضمون المثالى ،

---

(١) القاضى الذى يمتنع عن الحــكم يعاقب بالعزل أو بغرامة لا تزيد عن عشرين جنيهــا . ويعتبر ممتنعا عن الحكم كل قاضى رفض أو توقف عن اصدار حكم بعد تقديم طلب اليه فى هذا الشأن ، بالشروط المبينة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ولو احتج بعدم وجود نص فى القانون أو بأن النص غــــير صريح أو بــأى وجــه آخــر (راجــع المــادة ١٢٢ من قانون العقوبات) .

(٢) راجع : احمد ســلامه ، المدخل ١٩٧٧ ، رقم ٨٢ ، ص ١٥٣ وما بعدها ، توفيق فرج ، المدخل ، رقم ١٧٠ ، ص ٢٧١ وما بعــدها ؛ جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٣ ، ص ١٥٠ وما بعدها .

(٣) راجع : عبد الفتــاح عبد الباقى ، نظرية القــانون ، رقم ١٣٠ ص ١٦٩ .

ويشوبها ذات العيب وهو عدم التحديد وعدم الوضوح • وبالتالى يمكن اعتبارها « أقرب الى الشعور منها الا الأفكار الثابتة المحددة » •

وقد حاولت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى أن تفصح عن بعض حدود مضمون مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، فذكرت بعض الأمثلة من التطبيق السابق على صدور القانون المدنى لكى توحى بما يجب اتباعه فى المستقبل •

وفى كنف قواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة طبقت المحاكم [1] المبادىء العامة فى القانون المصرى ، وأخذت ببعض أحكام الشريعة الاسلامية واتبعت بعض القواعد المقررة فى تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية [2] ، بل عمدت الى استحداث أحكام اقتضتها طبيعة الروابط الاجتماعية دون أن يكون لها سند فى سوابق التشريع أو العرف • وعلى هذا النحو لم يتقيد القضاء بضرورة التزام المبادىء العامة فى القانون المصرى فحسب وانما استعان بهذه المبادىء كما استعان بغيرها متوخيا اختيار أصلح القواعد وأكثرها ملاءمة لطبيعة الأوضاع التى قصر القانون عن تنظيمها » •

ويتضح من التأمل فى عبارات المذكرة الايضاحية أنها لم تزد الأمر وضوحا بل على العكس أكدت فكرة عدم التحديد • لذلك يبدو صحيحا ما ذهب اليه بعض الفقهاء من أن وضع مبادىء القانون الطبيعى والعدالة

---

(١) راجع : عبد الرازق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، أصول القانون ، ١٩٥٠ ، عن التطبيقات التى أخذت بها المحاكم المصرية لمبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة : فى مجال نظرية التعسف فى استعمال الحق ، حماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، ونظرية تحمل التبعة ، ونظرية الظروف الطارئة ، رقم ٩٦ وما بعدها ، ص ١١١ وما بعدها .

راجع توفيق فرج ، المدخل ، رقم ١٧٠ ، ص ٢٧٢ .

(٢) راجع : عبد المنعم البدراوى ، مبادىء القانون ، رقم ١٥٩ ، ص ٢٢٨ .

كمصدر رسمى ليس الا « من قبيل انقاذ المظهر » (١) . فبدلا من أن يعطى المشرع للقاضى صراحة سلطة خلق القاعدة القانونية ، وهو ما يجاوز وظيفة القضاء ، سمح له بالوصول الى ذات لنتيجة تحت ستار مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، غاية الأمر أن المذكرة الايضاحية حرصت على أن تبين أن سلطة القاضى فى الاجتهاد ليست طليقة من كل قيد ، بل عليه أن يصدر فى أحكامه « عن اعتبارات موضوعية عامة ، لا عن تفكير ذاتى خاص » .

المبحث السادس

احكام القضاء كمصدر للقانون

١٣٣ — الأصل أن يختص القاضى بالفصل فى المنازعات التى تعرض عليه وذلك عن طريق تطبيق القواعد القانونية ووفقا لترتيب مصادرها الوارد فى المادة الأولى من القانون المدنى ، بمعنى أن يطبق النصوص التشريعية فان لم يجد فالعرف والا فقواعد الشريعة الاسلامية ثم قواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة . والقاضى فى قيامه بهذه المهمة لا يخلق القاعدة القانونية ولكنه يبحث عنها ثم يطبقها . لذلك يعبر عن هذا الوضع بالقول بأن وظيفة القاضى هى اعمال حكم القانون وليس انشائه .

ومع ذلك فقد ثار التساؤل لمعرفة ما اذا كان القاضى يلتزم بهذه القاعدة بصفة مطلقة أم لا ؟ ومثار التساؤل هو أن القاضى قد يجد نفسه أمام نزاع لا يجد له حلا وفقا للمصادر القانونية الرئيسية القائمة ، كما أنه قد يجد نفسه أمام قاعدة قانونية غامضة أو غير محددة المعنى . ومن ناحية أخرى فان القاضى ملزم بالبت فى النزاع المعروض أمامه ولا يجوز له أن يتخلى عن هذه المهمة بحجة غموض القاعدة القانونية

---

(١) واجع : أحمد سلامة ، المدخل ١٩٧٧ ، رقم ٨٢ ، ص ١٥٥ ؛ منصور مصطفى منصور ، دروس فى المدخل ، رقم ١١١ وما بعدها ص ١٩٩ وما بعدها .

أو غيابها والا اعتبر مرتكبا لجريمة انكار العدالة [1] •

غير أن الوضع يختلف فى حالة غموض القاعدة القانونية عنه فى حالة عدم وجودها أصـــلا •

ففى الحالة الأولى يقوم القاضى بدوره الطبيعى فى تفسير القاعدة[2] وفقا للأصول العلمية فى التفسير ليصل الى تحديد المعنى بالوضوح اللازم لتطبيقها على النزاع المعروض • فمثلا حين يذكر القانون أن لكل التزام سببا فانه يترك تحديد المقصود بالسبب لجهد القضاء ، وقيام القضـــاء بهـــذا الدور يكمل دور التشريع ، لأن هذا الأخير لا يستطيع أن يصل الى تحديد قاطع لكل المسائل التى يقررها كما لا يستطيع أن يواجه كل التفصيلات التى يكشف عنها العمل •

وعندما يستقر القضاء على تفسير معين ، خاصة من جانب محكمة النقض ، فان هذا الاستقرار يكون ما يسمى بالسوابق القضائية • وفى هذه الحالة تتمتع أحكام القضاء بقدر من الالتزام المعنوى بالنسبة لسائر المحاكم فى الدولة • أما فى حالة غياب القاعدة القانونية فان الأمر يبدو أكثر حساسية ، ذلك أنه يثير مشكلة قدرة القضاء على خلق قواعد قانونيـــة جديدة • فمن المقرر أن هذه المهمة تدخل فى اختصاص السلطة التشريعية ، أما القضاء فليس مصدرا للقانون • وتواجه الدول هذه المشكلة بحلول مختلفة ، ففى سويسرا تنص الفقرة الثانية من المـــادة الأولى من القانون المدنى على أن على القاضى أن يطبق ، فى حالة غياب النصوص القانونية ما كان يضع هو من قواعد لو عهد اليـــه بمهمة سن القواعد القانونية • وواضح أن مثل هذا الأسلوب يخـــول للقـــاضى دورا هاما فى « انشاء

---

(١) راجع فى عرض الموضـــوع : عبد الرازق الســـنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، رقم ١٠٢ وما بعدها ، ص ١١٥ وما بعدها، عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ، رقم ١٣٧ وما بعدها ، ص ١٧٧ وما بعـــدها •

(٢) راجع : جميـــــل الشرقاوى ، المرجـــع السابق ، رقم ٥٥ ، ص ١٥٧ وما بعدها •

القواعد القانونية ولا يقتصر دوره على تطبيق القانون • وفى انجلترا يعتبر القضاء من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية (١) ، ذلك أن النظام الانجليزى يعطى للسابقة القضائية قوة ملزمة ، ويكفى أن يصدر حكم واحد من محكمة معينة كى تلتزم هذه المحكمة بذات الاتجاه فى احكامها اللاحقة ، كما تلتزم بذات الأحكام المحاكم الادنى درجه • ولذلك فان القاضى الانجليزى عندما يعرض نزاع ما فان أول ما يتجه اليه بحثه هو تقصى السوابق القضائية فى المنازعات التى تتطابق وقائعها وظروفها مع وقائع وظروف الدعوى المنظورة أمامه • غير أن أحكام المحاكم الانجليزيه ليست جميعها بذات درجة الالزام • ففى قمة الجهاز القضائى يوجد مجلس اللوردات تليه محاكم الاستئناف ثم المحاكم الابتدائية ثم محاكم المقاطعات • والقاعدة أن أحكام مجلس اللوردات ملزمة لذات المجلس فيما يعرض عليه من قضايا فى المستقبل ، كما تلتزم به سائر المحاكم الأخرى التالية فى المرتبة : ولذلك فلا يجوز لأى محكمة أن تخالف أحكام مجلس اللوردات ، ولابد للعدول عن مثل هذا الحكم من صدور تشريع من السلطة التشريعية • أما بالنسبة لأحكام محاكم الاستئناف فانها تلزمها كما تلزم المحاكم التالية ويطبق ذات المبدأ بالنسبة لأحكام المحاكم الابتدائية• وأخيرا فان أحكام محاكم المقاطعات تلزم هذه المحاكم وان كانت تقبل الاستئناف أمام المحاكم الابتدائية (٢) ، (٣) •

أما فى مصر فان مشكلة غياب القاعدة القانونية تتم مواجهتها — كما سبق أن أشرنا — عن طريق المصدر الرابع والأخير للقانون وهو قواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، ذلك أن هذه العبارة على قدر من الشمول وعدم التحديد بحيث تفتح الباب أمام القاضى لكى يجتهد برأيه

---

(١) راجع مؤلف : أحمد صفوت ، النظام القضائى فى انجلترا ، ١٩٢٣ ، ص ٣ وما بعدها ، رينيه ذافيد ، كبرى انظمة القانون المعاصرة ، داللوز ١٩٧٤ ، ص ٣٧٨ وما بعدها ، ٣٨٨ وما بعدها .

(٢) راجع : رينيه دافيد ، المرجع السابق ، الموضع السابق .

(٣) الغيت قاعدة التزام مجلس اللوردات بأحكامه سنة ١٩٦٦ ، راجع ، تنك ، كبرى الانظمة ، ص ١٥٤ .

فيمـا يعرض عليه من منازعات لا يجـد لهـا حلا فى المصـادر الثلاثة الأولى للقاعدة القانونية •

وقد استندت المحاكم فى ظل نقص النصوص فى القانون المدنى الملغى الى فكرة العـدالة والقـانون الطبيعى ـ كما سبقت الاشارة ـ لخلق الحلول القانونية فى مسائل لم يكن المشرع قـد نظمها بعد : فى صـدد التعسف فى استعمال الحق وحماية حقوق الملكيـة الصناعية والأدبيـة والفنية ونظرية الظروف الطارئة ونظرية تحمل التبعة •

الفهـــرس

رقم الايداع ١٩٧٨/٥٩٧٦

مطبعة الاستقلال الكبرى
٨ شارع نجيب الريحاني - ت ٤٧٤٨٦